Probleme um § 805 ZPO.

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Hansischen Universität

vorgelegt von

Assessor
RUDOLF HÖFER
aus Hamburg

Hamburg 1939

Gutachter: Professor Dr. P a g e n s t e c h e r

Mitgutachter: Professor Dr. F i s c h e r

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck: Hansischer Gilden-Verlag, Hamburg 11, Admiralitätstraße 33/36

MEINEN ELTERN!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548128_0231

GLIEDERUNG

Seite

Einleitung 7

I. Abschnitt:

§ 1: Einzelne Probleme um § 805 ZPO nach geltendem Recht

I. Die praktische Bedeutung des § 805 ZPO 9

II. Das Vermieterpfandrecht als Hauptfall des § 805 ZPO 10

1. Das Vermieterpfandrecht nach bürgerlichem Recht 11

2. Einwirkungen des § 805 ZPO auf das Vermieterpfandrecht 12

a) Die Verkaufsberechtigung des Vermieters gemäß §§ 1233 ff. BGB 12

b) Ausschließung des Verkaufsrechts durch § 805 ZPO 13

c) Die Folgen hiervon, klargelegt an einem Beispiel 16

d) Verpfändung von eingebrachten Sachen an den Vermieter 21

e) Pfändung eingebrachter Sachen durch den Vermieter für seine Mietzinsforderung 24

III. Fälligkeitsklausel des § 805 ZPO und ihre Auswirkung 27

1. Als Gefahr für den Schuldner 27

2. Als Gefahr für den Pfandgläubiger 28

3. Als Gefahr bei künftigen Forderungen 28

IV. § 805 ZPO und die Rechtspfandrechte 29

1. Fragen um den Miteigentümeranteil 29

2. Analoge Anwendung des § 805 ZPO auf Rechte? 32

3. Die schon jetzt möglichen Sicherheiten des nachfolgenden Gläubigers 33

a) bei Pfandgegenständen, die durch Verkauf verwertet werden .. 33

b) bei Pfandgegenständen, die nicht durch Verkauf verwertet werden 34

V. § 805 ZPO und die Sicherungsübereignung 38

VI. § 805 ZPO und der Eigentumsvorbehalt 42

VII. Der rein prozessuale Charakter des § 805 ZPO 43

§ 2: Zusammenfassung 45

II. Abschnitt:
Die verschiedenen Vorschläge

§ 1: 886 des Entwurfes von 1931 47

I. Worin diese Vorschrift dem § 805 ZPO im wesentlichen gleicht und eine Kritik hierzu 47

Seite

II. Worin diese Vorschrift sich von § 805 ZPO unterscheidet 49

III. § 886 E und die Fälligkeitsklausel 51

IV. Die Gleichbehandlung der Rechtspfandrechte mit dem Sachpfandrecht ohne Besitzvermittlung 52

V. Das Sicherungseigentum kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr 52

VI. Das Vorbehaltseigentum u. U. kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr 54

1. Worin dieser Regelung zugestimmt wird 54

2. Weshalb dieser Regelung im ganzen zugestimmt wird 55

VII. Ersetzung der Klage durch Feststellung des Rechts von Amts wegen 56

VIII. Zusammenfassung 57

§ 2: Kritik der Vorschläge Pagenstechers und eigene Vorschläge 57

I. Allgemeine Aufführung der Vorschläge Pagenstechers 57

II. Kritik an Pagenstecher bezüglich des Besitz-Sachpfandes 58

III. Die Sicherung des nachfolgenden Gläubigers 64

IV. Gleichstellung des Rechtspfandrechtes mit dem Besitz-Sachpfandrecht und ihre nähere Ausgestaltung 66

V. Die „Rangpfändung“ 69

VI. Die Regelung des Sachpfandrechtes ohne Besitzvermittlung 70

VII. Ablehnung der Pagenstecherschen Vorschläge 71

§ 3: Eigene Vorschläge in ihrer Zusammenfassung

I. Die Zusammenfassung aus § 2, II. Abschnitt 72

II. Sicherungseigentum kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr .. 73

III. Mängel der Vorschläge und der Weg, sie zu beheben 74

Schrifttum 77

EINLEITUNG.

Wenn man sich mit § 805 ZPO einmal näher beschäftigt, macht man die Wahrnehmung, daß diese Vorschrift mehr Probleme birgt, als gemeinhin angenommen wird. Dabei zeigen unbefriedigende Ergebnisse, die nach der geltenden Fassung des § 805 ZPO nicht zu umgehen sind, die Reformbedürftigkeit dieser Vorschrift.

Soweit zu ersehen war, hat es bisher nur Pagenstecher[1] unternommen, Vorschläge für eine Neufassung des § 805 ZPO zu geben.

Diese Arbeit verfolgt dasselbe Ziel. Sie geht aus von den Mängeln des geltenden Rechts, versucht dann die entsprechende Vorschrift des Entwurfs von 1931[2] und die Vorschläge Pagenstechers kritisch zu würdigen, um daraus die Folgen zu ziehen für eigene Vorschläge.

---

1 „Das Interventionsrecht des Pfandgläubigers als gesetzgebendes Problem", Heft 13/14, der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1936, S. 641 ff. Im folgenden immer nur kurz „Pagenstecher . . ." genannt.

2 Verlag de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1931.

Erster Abschnitt:

§ 1.

Einzelne Probleme um § 805 ZPO nach geltendem Recht.

I. Die praktische Bedeutung des § 805 ZPO.

§ 805 Abs. 1 ZPO bestimmt, daß ein Dritter der Pfändung einer Sache, die sich nicht in seinem Besitz befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes nicht widersprechen kann; der Dritte kann statt dessen nur Klage erheben auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös.

Die praktische Bedeutung dieses Paragraphen ist nicht gering. Er findet überall da Anwendung, wo ein Pfandrecht, welches keinen Besitz vermittelt, besteht. An folgende Fälle ist dabei zu denken:

1. Unter § 805 ZPO fallen die gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters (§ 561 BGB), Verpächters (§ 581 BGB) und Gastwirts (§ 704 BGB), solange diese Personen sich noch nicht in den Besitz der Sache gesetzt haben, desgleichen ist § 805 ZPO anwendbar nach der Fortschaffung der das Pfandrecht vermittelnden Gegenstände vom Grundstück durch den Gerichtsvollzieher (vgl. § 560 Satz 1 BGB), weil ein Widerspruch hier ausgeschlossen ist[3].

Daneben ist § 805 ZPO auch auf weitere gesetzliche Pfandrechte anwendbar; so auf die Pfandrechte des Frachtführers und des Verfrachters nach Ablieferung des Gutes (§§ 409, 623 HGB), auf die der Vergütungsberechtigten bei der großen Haverei (§ 725 HGB) und auf diejenigen wegen Bergungs- und Hilfskosten (§ 751 HGB), soweit in Ansehung der Zwangsvollstreckung der Gegenstand des Rechts zum beweglichen Vermögen gehört, und endlich auf die Rechte der Realgläubiger, wenn „sich das dingliche Recht auf Sachen bezieht, die in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum beweglichen Vermögen gehören, mithin auf die noch nicht im Wege der Immobiliarvollstreckung beschlagnahmten Erzeugnisse, welche nicht Zubehöreigenschaft haben[4]".

2. Zu denken ist weiter an die Vertragspfandrechte, wenn die Pfandsache aus dem Gewahrsam des Pfandgläubigers abhanden

---

[3] Vgl. unten S. 11, 12. Nähere Ausführungen über das Vermieterpfandrecht als dem wichtigsten gesetzlichen Pfandrecht folgen noch weiter unten S. 10 ff.; überhaupt werden die Probleme um § 805 ZPO zur Hauptsache an Beispielen des Vermieterpfandrechts herausgearbeitet.

[4] So: Seuff.-Walsm. 12. Aufl. § 805, 1 γ; zust. Stein-Jonas, 15. Aufl. § 865, IV 2.

gekommen ist[5], des weiteren an Pfändungspfandrechte, wenn die gepfändete Sache dem Gerichtsvollzieher abhanden gekommen ist[6].

3. Auch die Registerpfandrechte fallen unter den Geltungsbereich des § 805 ZPO, mithin die Pfandrechte an Schiffsbauwerken, die Kabelpfandrechte, das Pfandrecht am Inventar für landwirtschaftliche Pächter[7].

4. Endlich ist es dem Dritten unbenommen, statt der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO, die Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO zu erheben. Diese Möglichkeit ergibt sich aus folgendem: Die Klage aus § 771 ZPO bezweckt die Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung, § 805 ZPO erstrebt dagegen nur eine Beteiligung an der Vollstreckung, die auch fernerhin zulässig ist. In beiden Fällen handelt es sich um eine negative Feststellungsklage. Im Falle des § 771 ZPO wird festgestellt, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig ist; im Falle des § 805 ZPO wird festgestellt, daß die betriebene Zwangsvollstreckung nicht ohne Berücksichtigung des Vorrechts des Klägers zulässig ist[8]. Der Dritte kann deshalb, falls ihm an einer Befriedigung mehr liegt als an einer Einstellung der Zwangsvollstreckung, den Widerspruch unterlassen und statt dessen die Klage aus § 805 ZPO anstrengen. Gegenüber der Unzulässigkeit nach § 771 ZPO ist die vorzugsweise Befriedigung etwas Minderes, sie steht deshalb auch dem besitzenden Pfandgläubiger zu[9]. Hauptanwendungsfälle des § 805 ZPO sind allerdings die Fälle der Pfandrechte ohne Besitz.

II. Das Vermieterpfandrecht als Hauptfall des § 805 ZPO.

Der praktisch wichtigste Fall des besitzlosen Pfandrechts und damit eines Falles, der unter § 805 ZPO fällt, ist das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters (§§ 559 ff. BGB). Auf dieses Pfandrecht soll deshalb näher eingegangen werden. Vorerst sollen die Regeln eine Beachtung verdienen, die in den §§ 559/63 BGB niedergelegt sind. Daraufhin wird geprüft, inwieweit § 805 ZPO diese Vorschriften beeinflußt.

---

[5] Vgl.: Stein-Jonas 15. Aufl. § 805 II.

[6] Aus § 1253 BGB geht nämlich hervor, daß das Pfandrecht weiter besteht, auch wenn Besitzverlust eingetreten ist, es sei denn, daß es durch Eigentumserwerb eines Gutgläubigen untergeht. Da § 1253 BGB nur vom freiwilligen Besitzverlust spricht, folgt daraus, daß der unfreiwillige den Bestand des Pfandrechts nicht antastet. Ähnliche Gedankengänge sind auch beim Pfändungspfandrecht maßgebend; werden angebrachte Siegel oder sonstige Zeichen vom Schuldner, einem Dritten oder auch durch Zufall beseitigt, so ist deshalb das Pfändungspfandrecht noch nicht erloschen, maßgebende Bedeutung hat die Ersichtlichmachung zwar bei der Pfändung, für den Fortbestand der Wirkungen hieraus jedoch nicht. Vgl. Förster-Kann 1926, § 805, 1 b; Seuff.-Walsm. § 805 I b; Stein-Jonas § 805 II.

[7] Vgl.: M. Wolff, Sachenr. 1928 § 160 II; Baumbach, 14. Aufl. § 805, 1.

[8] Bestr. wie hier: Seuff.-Walsm. 11. Aufl. § 805, 2a und vor allem Pagenstecher S. 642; a. A.: Stein-Jonas 15 § 805, III; Emmerich S. 427, Sydow-Busch 21. Aufl. § 805, 6, die eine Rechtsgestaltungsklage annehmen.

[9] Vgl.: Seuff.-Walsm. § 805, 1a; Stein-Jonas § 805, III; Förster-Kann 3. Aufl. § 805, 2a.

1. *Das Vermieterpfandrecht nach bürgerlichem Recht.*

Das Recht, das dem pfandrechtlichen Besitzrecht (§§ 1205, 1206, 861, 862 BGB) entspricht, besteht für das Vermieterpfandrecht darin, die Entfernung der eingebrachten Sachen verbieten zu können (arg. e contr. §§ 560 Satz 2, 561 BGB)[10]. Wenn der Mieter die Sachen entfernen will, kann der Vermieter ihn mit Gewalt daran hindern, ohne vorher die Gerichte beanspruchen zu müssen (§ 561 Abs. 1 BGB).

Da das gesetzliche Pfandrecht, wie jedes Pfandrecht, ein dingliches Recht ist, so wirkt es gegen jeden, also auch gegen nachstehende besitzende rechtsgeschäftliche Pfandgläubiger[11]. Diesen Gläubigern gegenüber geht das Recht des Vermieters nach dem Prioritätsprinzip, das die dinglichen Rechte beherrscht, vor. Daraus ergibt sich, daß auch ein Pfandgläubiger, der dem Vermieter nachgeht, die eingebrachten Sachen gegen den Willen des Vermieters nicht entfernen darf[12]. Der Vermieter kann allerdings auf seine Rechte verzichten. So nimmt beispielsweise § 560 Satz 1 BGB einen solchen Verzicht an, wenn die eingebrachten Sachen ohne Widerspruch des Vermieters entfernt worden sind. Sind dagegen die eingebrachten Sachen zu Unrecht entfernt, kann der Vermieter deren Herausgabe verlangen, damit sie in das Grundstück zurückgeschafft werden (§ 561 II 1 BGB). Dieses „Schutzrecht[13]" ist ebenfalls eine Wirkung des Pfandrechtes, es ist wie dieses dinglicher Natur, wirkt also ebenfalls gegen nachstehende rechtsgeschäftliche Pfandgläubiger.

Aber auch auf dieses Recht kann verzichtet werden. Ein Verzicht wird vom Gesetz angenommen, wenn der Vermieter sein Recht nicht innerhalb eines Monats nach Kenntnisnahme von der Wegschaffung ausübt. Zieht der Mieter aus und ist der Mietzins nicht voll bezahlt, oder wird der Vermieter verkaufsberechtigt (§ 1257, 1228 ff. BGB), so kann der Vermieter Herausgabe der Sachen verlangen (§ 561 II BGB). Im ersten Fall kann er sogar seinen Anspruch mit Gewalt durchsetzen (§ 561 I BGB), und dieses wiederum auch gegenüber nachstehenden rechtsgeschäftlichen Pfandgläubigern. Vorgehenden Pfandgläubigern gegenüber hat der Vermieter keine Schutz- und Besitzrechte. Ihnen gegenüber kann er die Sachen nicht zurückbehalten oder herausverlangen, denn sein Vermieterpfandrecht hat er erworben, belastet mit dem vorgehenden Pfandrecht des anderen Gläubigers. Hieraus folgt, daß vorgehende Pfandgläubiger die Sachen frei vom Grundstück entfernen können[14]. Daraus folgt aber auch weiter, daß das Pfandrecht des Vermieters nicht erlischt, wenn er die Entfernung zuläßt oder es unterläßt, die Klage aus § 561 BGB zu erheben. Das Pfandrecht erlischt nur, wenn der Vermieter der Weg-

---

10 Sofern die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters nicht ausreichen, § 560 Satz 2 BGB.

11 Beispiel: Eingebrachte Sachen sind gegen den Widerspruch des Vermieters entfernt und die Monatsfrist des § 561 II BGB ist noch nicht verstrichen, oder der neue Pfandgläubiger hat nur Mitbesitz an den in der Wohnung des Mieters verbleibenden Sachen.

12 Vgl.: Emmerich S. 171.

13 Vgl.: Emmerich S. 172.

14 Vgl.: Emmerich S. 173.

schaffung der Sachen erfolgreich widersprechen kann, er also dadurch, daß er sein Widerspruchsrecht geltend macht, einen Anspruch auf Herausgabe der entfernten Sachen und damit deren Zurückschaffung erlangt[15]. Das Gesetz kann den Vermieter nicht zwingen wollen, sich in einen Rechtsstreit einzulassen, in dem er nie obsiegen könnte, da er in diesen Fällen die Rückschaffung doch nicht verlangen könnte, auch wenn er widersprochen hätte.

Als Regel gilt demnach: Der Vermieter braucht der Entfernung von Sachen nicht zu widersprechen, wenn er dadurch deren Entfernung nicht hindern kann; hier gelten die Bestimmungen der §§ 560 1, 561 II BGB nicht[16].

2. Einwirkungen des § 805 ZPO auf das Vermieterpfandrecht.

Bis jetzt ist immer davon ausgegangen worden, daß der Vermieter sich einem vertraglich begründeten Pfandrecht gegenübersieht. Wie ist die Rechtslage, wenn an dessen Stelle das Pfändungspfandrecht tritt? Diese Frage aufwerfen, heißt auf § 805 ZPO eingehen.

Inwieweit er die §§ 560 ff. BGB beeinflußt, läßt sich auf Grund der eben gewonnenen Regel leicht sagen. Da der Vermieter die Wegschaffung gepfändeter Sachen nach § 805 I ZPO nicht hindern kann, braucht er weder zu widersprechen, noch gegen den Pfändungspfandgläubiger Klage in Monatsfrist zu erheben. Die Vorzugsklage aus § 805 ZPO ist nicht in Monatsfrist zu erheben[17]. Die §§ 560, 561 BGB sind durch § 805 ZPO modifiziert[18]. § 561 BGB[19] beschränkt die Frist auf den Anspruch auf Zurückschaffung[20].

Gilt diese Regel im Verhältnis zwischen Vermieterpfandrecht und vertraglichem Pfandrecht aber nur, wenn das Vertragspfandrecht dem gesetzlichen vorgeht, so gilt sie im Verhältnis vom Vermieterpfandrecht zum Pfändungspfandrecht durch § 805 ZPO ganz allgemein. § 805 ZPO ist also von einer recht einschneidenden Bedeutung; durch § 805 ZPO werden wesentliche Rechte des Inhabers eines gesetzlichen Pfandrechts geschmälert, wenn später eingebrachte Sachen gepfändet werden; dagegen trifft das nicht zu, wenn die letzteren verpfändet werden. Es taucht daher die Frage auf, ob durch § 805 ZPO das Wesen des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters irgendwie geändert wird oder nicht.

a) Die Verkaufsberechtigung des Vermieters gemäß §§ 1233 ff. BGB.

Zunächst soll davon ausgegangen werden, daß ein Pfändungspfandrecht nicht vorhanden ist. Dann hat der Vermieter nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, das Recht des Pfandverkaufs unter den Voraussetzungen, daß

---

15 Vgl.: Emmerich S. 462.

16 Vgl.: Emmerich S. 463.

17 Seuff.-Walsm., 1933, § 805, 1; Baumbach 14. Aufl. § 805, 2; OLG 17, 4; 23, 39; Stein-Jonas 15. Aufl. § 805 IV 1 mit zahlreichem Literaturnachweis; Dresden Sächs. Arch. 13, 572; a. M.: Boethke in Gruch. 50, 262.

18 Seuff.-Walsm. § 805, 1a; Dresden Seuff. Arch. 63, 270.

19 Das Entsprechende gilt für §§ 581, 704 BGB.

20 Stein-Jonas § 805, IV 1; OLG 23, 39. Sydow-Busch, 21. Aufl. § 805, 6; a. M.: OLG 5, 370.

1. ein gültiges Pfandrecht besteht,
2. Pfandreife eingetreten ist (§ 1228 II BGB),
3. das Pfand (in der Regel, § 1245 BGB) im Wege öffentlicher Versteigerung verkauft wird (§ 1235 I BGB) und dies öffentlich bekanntgemacht worden ist (§ 1237, 1 BGB)[21].

Ein Hauptvorteil dieses Pfandrechtes ist die Möglichkeit, Befriedigung zu erhalten, ohne in jedem Fall einen Rechtsstreit anstrengen zu müssen; dieses gilt, wenn der Mieter dem Vermieter keine Schwierigkeiten bereitet, vielmehr mit diesem darüber einig ist, daß das Pfandrecht besteht und er deshalb dem Vermieter die Sachen freiwillig herausgibt.

Allerdings liegt auch dieser Fall nur dann wieder so, wenn der Mieter Alleinbesitz hat. Ist dagegen ein nachstehender rechtsgeschäftlicher Pfandgläubiger Mitbesitzer (§ 1206 BGB) und entgegen dem Mieter zur Herausgabe nicht bereit, so muß der Vermieter gegen den Pfandgläubiger auf Überlassung des Alleinbesitzes gemäß §§ 1232, 1227 BGB klagen[22].

Von diesem Fall abgesehen, gilt aber als Regel, daß der Vermieter das Recht hat, gemäß §§ 1233 ff. BGB den Pfandverkauf zu betreiben. Es taucht aber eine Frage auf: Ist von dem Augenblick an, wo der Gerichtsvollzieher eingebrachte Sachen gepfändet hat, das dem Vermieter jedenfalls bis dahin zustehende Recht des Pfandverkaufs durch § 805 ZPO genommen, oder steht ihm dieses Recht nach wie vor zu?

b) Ausschließung des Verkaufsrechts durch § 805 ZPO.

In der Rechtsprechung und Literatur[23] ist durchweg die Ansicht vertreten, daß, sobald eine Pfändung erfolgt sei, der Vermieter n u r noch Vorzugsbefriedigung nach § 805 ZPO verlangen könne. Größtenteils wird hierfür eine nähere Begründung nicht gegeben, weil die eben genannte Rechtsfolge als etwas selbstverständliches empfunden wird. So sagt z. B. RGZ. 51, 189: „..... Die Vermieter befanden sich nicht im Besitz der Sachen, konnten also der Pfändung nicht widersprechen, sondern gemäß § 805 ZPO n u r ihren Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen ...“ Auf demselben Standpunkt steht Stein-Jonas[24]. Auch in einem Aufsatz aus der Feder des RG-Rats Brückner[25] wird ausgeführt, daß nach der Pfändung das Recht des Pfandverkaufs nicht mehr bestehe, da das Pfandrecht des Vermieters sich umgesetzt habe in ein Vorzugsrecht aus dem Erlös.

Eine nähere Begründung dieser Ansicht gibt Emmerich[26]. Sein Gedankengang ist etwa folgender: Nach § 805 ZPO stehe fest, daß der Vermieter das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht mehr hindern könne; der Pfändungspfandgläubiger habe mithin ohne Rücksicht auf das vor-

---

21 Vgl.: M. Wolff, Sachenr. 1929. S. 627.
22 Vgl.: Emmerich S. 5/6.
23 Vgl.: RG. 42, 85; 71, 419; Sydow-Busch § 805, 6; Metzges in Gruch. 49, 507.
24 15. Aufl. § 805 II.
25 „Recht“ 1905, 180.
26 S. 313.

gehende Vermieterpfandrecht ein Verkaufsrecht nach den Bestimmungen der ZPO, dagegen verliere der Vermieter sein Verkaufsrecht nach bürgerlichem Recht. Wenn das Zwangsvollstreckungsverfahren zulässig sei, so schließe es nämlich als von einem Beamten durchgeführtes staatliches Zwangsverfahren alle anderen Vollstreckungsrechte aus. Die nichtbesitzenden gesetzlichen Pfandgläubiger könnten die Pfändung, wie es § 805 ZPO nun einmal bestimme, nicht hindern, so daß ihre Pfandrechte vor der Erlösverteilung auch überhaupt nicht in Betracht kommen könnten. Ein Pfandgläubiger, der der Pfändung mangels Besitzes nicht widersprechen könne, vermöge das Pfändungspfandrecht auch später nicht mehr zum Erlöschen zu bringen und behalte n u r sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung. —

Anderer Meinung ist, soweit aus der Literatur zu ersehen war, nur Stern in einem Aufsatz in JW 1911 S. 423[27]. Er hält die Ansicht, daß der Vermieter gemäß § 805 ZPO nur das Recht auf vorzugsweise Befriedigung hat, für unbegründet. — Seine Begründung läßt sich auf den ersten Blick durchaus hören. Er bezeichnet das Pfandrecht als ein Gesamtrecht. Teil dieses Gesamtrechtes sei die Berechtigung zum Pfandverkauf und wäre auch das Recht zum Widerspruch gegen die Vornahme der Zwangsvollstreckung (§ 771 ZPO), wenn es die Vorschrift des § 805 ZPO nicht gäbe. Nun sei § 805 ZPO als prozessuale Vorschrift an die Stelle von § 771 ZPO getreten. Es sei somit nicht zulässig, aus der ausdrücklichen Beseitigung des Teilrechts aus § 771 ZPO den Wegfall des Gesamtrechtes zu folgern. § 805 ZPO sei eine Ausnahmebestimmung und deshalb einer ausdehnenden Auslegung nicht fähig.

Diese von Stern aufgestellte Unantastbarkeit des anderen Teils des Gesamtrechts läßt aber nicht den Schluß zu, wie Stern es hinstellt. Der andere Teil des Gesamtrechts ist nämlich nicht unantastbar. Es ist eine Eigenart unseres Prozeßrechtes, daß es eine Befugnis, die das bürgerliche Recht gewährt, in einigen Fällen dann nicht mehr durch materiellrechtliche Rechtsbehelfe wirken läßt, sondern nur durch eigens von der Prozeßordnung gegebene Rechtsbehelfe, sobald bereits ein prozessuales Erkenntnis oder eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung (z. B. Pfändung) vorliegt. So kann etwa der Eigentümer vom bösgläubigen Rechtsnachfolger des zur Herausgabe einer Sache rechtskräftig verurteilten Rechtsvorgängers nicht Herausgabe verlangen auf Grund der materiellrechtlichen Befugnis des § 985 BGB, sondern ist darauf beschränkt, gegen den Rechtsnachfolger die Umschreibung zu beantragen (§ 727 ZPO) oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu klagen (§ 731 ZPO)[28]. Auch hier wird ein Teil des Gesamtrechts des Eigentümers, nämlich das Recht, von jedem besitzenden Nichteigentümer Herausgabe verlangen zu können, gegenüber dem Rechtsnachfolger nicht anwendbar und statt dessen hat er nur die eben genannten prozessualen Rechtsbehelfe. Der Anspruch aus § 985 BGB hat sich insoweit in die Rechte verwandelt, die die §§ 727, 731 ZPO gewähren.

---

[27] Und ihm folgend: Hein, Handbuch der ZV (1914) S. 141, ohne Begründung.
[28] Hein, „Duldung der Zwangsvollstreckung" S. 55/56 spricht von „Prozeßprozeß".

Ganz ähnlich liegt es im Falle des § 805 ZPO. Die materiellrechtliche Befugnis des Pfandverkaufs verwandelt[29] sich durch die Vollstrekkungshandlung der Pfändung in das Recht auf vorzugsweise Befriedigung. Wenn Stern den Wegfall des Verkaufsrechtes nach §§ 1233 ff. BGB nicht zugeben zu können glaubt, weil der Wegfall eines Teilrechtes (nämlich das Widerspruchsrecht aus § 771 ZPO) nicht den Wegfall des Gesamtrechtes (Widerspruchsrecht plus Verkaufsrecht) nach sich ziehen könne, so ist er m. E. befangen in rein bürgerlich-rechtlichen Vorstellungen, ohne daran zu denken, daß das Prozeßrecht materielle Befugnisse häufig modifiziert. Es ist zwar richtig, daß § 805 ZPO als Ausnahmevorschrift an die Stelle des § 771 ZPO getreten ist und nur den Platz ausfüllen soll, den diese Vorschrift sonst eingenommen hätte. Aber auch i. F. des § 771 ZPO kann der Dritte dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber die Verstrickung nicht nach § 985 BGB, sondern nur durch Erhebung der Drittwiderspruchsklage lösen[30]. Der Anspruch aus § 985 BGB ist in solchem Falle eben nicht gegen den Pfändungspfandgläubiger anwendbar, mag er auch gegen andere Personen, die in keiner Weise an der Pfändung beteiligt sind, weiterhin bestehen bleiben.

Da man den Anspruch des Eigentümers aus § 985 BGB und den des Pfandgläubigers nach §§ 1233 ff. BGB in Parallele setzen kann, denn beide sind dingliche Ansprüche, die dem ihnen zugrunde liegenden Recht entsprechen, so hätte sich Stern zum mindesten auf den Standpunkt stellen müssen, daß der Vermieter in der Ausübung des Verkaufsrechts nach §§ 1233 ff. BGB dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber durch § 805 ZPO gehindert ist. Im praktischen Endergebnis wäre für den Vermieter damit allerdings nichts gewonnen; denn das Verkaufsrecht kann er dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber — und nur hierauf kommt es an[31] — auch hiernach nicht durchsetzen. Es ist letzten Endes in seinem Verhältnis zum Pfändungspfandgläubiger doch so, daß das materielle Pfandverkaufsrecht durch die Pfändung in das Befriedigungsrecht aus § 805 ZPO verwandelt worden ist.

Das geht im übrigen auch aus den Motiven des § 805 ZPO hervor[32]. Sie erklären, daß, soweit sich der Pfandgläubiger nicht im Besitz befinde, die Rücksicht auf den energischen Betrieb der Zwangsvollstreckung es erfordere, daß das Pfandrecht den Fortgang der Vollstreckung nicht hemmen dürfe. Dem nichtbesitzenden Pfandgläubiger müsse daher das Widerspruchsrecht versagt werden, sein dingliches Recht verwandle sich in den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung[33].

Stern will allerdings aus den Motiven gerade das Gegenteil folgern. Er meint, aus dem Willen, das Widerspruchsrecht auszuschließen, folge, daß der Anspruch auf Vorzugsbefriedigung auch nur der Ersatz für die

---

29 Vgl.: KG Rspr. 5, 370, das das Vorzugsrecht als „verwandeltes" Pfandrecht bezeichnet.

30 Vgl.: Stein-Jonas, 16. Aufl. § 771, VII, 1; RG 67, 310; Rspr. 17, 334; RG 70, 27; Rspr. 37, 167.

31 Weil nach erfolgter Pfändung, Versteigerung und Auskehrung das Pfandrecht und damit das Verkaufsrecht sowieso erlischt.

32 Vgl.: Hahn, Materialien zur ZPO (1881) S. 451.

33 Vgl. auch Nordd. Prot. IV S. 2016/17.

Versagung des Widerspruchsrechtes sein solle. Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß eine Möglichkeit der praktischen Durchführung eines anderen „Teilrechts" als des Anspruchs auf Vorzugsbefriedigung nicht vorhanden ist, so daß unbedenklich gesagt werden kann, daß der Anspruch aus § 805 ZPO der Ersatz für a l l e bisherigen Rechte des Vermieters sein soll. Das folgt zwar nicht unbedingt aus dem Wortlaut des § 805 ZPO, wohl aber aus seinem Zweck und der Natur dieser Vorschrift.

Das Ergebnis lautet daher: *Vom Augenblick der Pfändung an ist dem Vermieter das ihm bis dahin zustehende Recht des Pfandverkaufs nach §§ 1233 ff. BGB durch § 805 ZPO genommen*[34]. Daraus folgt, daß der Vermieter nicht mehr Befriedigung in allen Fällen ohne Austragung eines Rechtsstreites gegen den Mieter erlangen kann, selbst wenn der Mieter dem Vermieter einen Rechtsstreit ersparen möchte[35].

c) Die Folgen hiervon, klargelegt an einem Beispiel.

Um dieses verständlich zu machen, soll folgendes Beispiel gewählt werden: Der Vermieter G hat gegen den Mieter S einen Anspruch auf Zahlung rückständigen Mietzinses, also damit auch ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen. Jetzt pfändet ein Dritter D wegen einer Geldforderung in die dem G verhafteten Pfandobjekte.

Ist die Forderung des D fällig und wird deshalb das Vollstreckungsrecht im engeren Sinn sofort verwirklicht, ist die Rechtslage für G nicht nachteilig. Er hat es in der Hand, gegen D nach § 805 ZPO vorzugehen, so daß er aus dem Erlös in erster Linie befriedigt wird.

Es sind aber auch Fälle denkbar, wo dieses nicht eintritt. Hat D z. B. nur ein Arrestpfandrecht (§ 916 II ZPO), so ist es für G zwecklos, gegen D nach § 805 ZPO zu klagen. Es kommt nämlich zu keinem Erlös, weil ein Arrestpfandrecht nur Ansprüche sichern, nicht aber befriedigen soll[36]. G ist dadurch in die unangenehme Lage versetzt, u. U. recht lange auf sein Geld warten zu müssen, vielleicht gar herbeigeführt durch doloses Verhalten des S. So liegen die Verhältnisse, wenn S den D fortwährend mit kleinen Abschlagszahlungen vertröstet, damit D stillhält, während sich um G, der ein älteres Pfandrecht besitzt, niemand kümmert[37].

G kann sich in diesen Fällen nicht wehren durch die Ausübung des Verkaufsrechtes nach §§ 1233 ff. BGB, da dieses Recht durch die Pfändung keine Wirkungen mehr gegen den Pfändungspfandgläubiger hat.

Diese Auslegung des § 805 ZPO entspricht dem Gesetz. Eine ganz andere Frage ist es aber, ob das Gesetz insoweit vernünftig ist, oder ob eine Änderung dringend geboten erscheint. Es ist nun einmal auffällig, daß der Vermieter eine bedeutend schlechtere Rechtsstellung innehat,

---

[34] Desgleichen wirkt auch das Recht des Vermieters aus § 1233 II BGB nicht gegen den Pfändungspfandgläubiger. Erwirbt dagegen der Pfändungspfandgläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren die Sachen, an denen das Vermieterpfandrecht fortbesteht, so kann dann der Vermieter gegen den nunmehrigen Eigentümer nach § 1233 Abs. 2 BGB vorgehen (RG 104, 301).

[35] Pagenstecher, S. 646 C.

[36] Pagenstecher, S. 646 B.

[37] Vgl.: Pagenstecher S. 646 B.

wenn ein anderer eingebrachte Sachen pfändet, als wenn diese v e r - pfändet worden sind. In diesem Fall hat er das Verkaufsrecht nach §§ 1233 ff. BGB, in jenem nicht. Das ist eine Schlechterstellung des Vermieters, die ohne sein Zutun eintritt und die er nicht hindern kann. Es ist gewiß eine Härte, die aber durch das geltende Recht bedingt ist, dem Vermieter (und gleichstehenden Berechtigten) das Recht auf Betreibung des Pfandverkaufs abzusprechen. Durch fortgesetzt sich wiederholende Pfändungen, die vom Schuldner vielleicht in doloser Weise herbeigeführt worden sind, kann der Vermieter in eine unangenehme Lage versetzt werden, entweder jahrelang auf sein Geld warten zu müssen[38], auch noch angesichts der Tatsache, daß der Wert der Pfandstücke immer geringer wird, oder aber ein umständliches Verfahren zu beschreiten, in dem eine Fülle schwieriger Rechtsfragen auftaucht, das vom Standpunkt eines klaren, einfachen Prozeßrechts, welches den Grundsatz der Beschleunigung enthalten soll, mindestens als unzweckmäßig empfunden werden muß. —

Alle diese unerfreulichen und ungerecht erscheinenden Folgen des § 805 ZPO und der Wunsch, die Schwierigkeiten nach geltendem Recht aus dem Wege zu räumen, haben m. E. schließlich Stern mit dazu veranlaßt, dem Vermieter das bürgerliche Verkaufsrecht zu belassen mit Wirkung gegen den Pfändungspfandgläubiger. —

G hat in den eben genannten Beispielen nur e i n e Möglichkeit, um so schnell wie möglich zu seinem Gelde zu kommen und so das etwaige Einvernehmen zwischen S und D zu durchkreuzen.

Der Weg, wie er in der Praxis beschritten wird[39], ist folgender: G klagt gegen S auf Zahlung des Mietzinses. — Hier taucht schon eine Schwierigkeit auf. Wie ist über die Prozeßkosten zu entscheiden, wenn S den Anspruch sofort anerkennt; ist dann § 93 ZPO anwendbar?

M. E. hat G Veranlassung zur Klage, da er eines Vollstreckungstitels bedarf[40], um an das von D gepfändete Pfandobjekt heranzukommen. G ist nicht im Besitze des Pfandes, er kann wegen § 805 ZPO nicht zum Verkauf nach § 1233 Abs. 1 BGB schreiten. Er kann daher Verurteilung des S verlangen. Letzten Endes hat auch der Beklagte S (Mieter) durch sein Verhalten Veranlassung zur Klageerhebung insofern gegeben, als er den D nicht befriedigte, so daß dieser zur Pfändung schritt, wodurch dem G (Vermieter) das bürgerliche Verkaufsrecht genommen wurde. Wenn G (Vermieter) zu seinem Gelde kommen will, so darf ihm dieses berechtigte Verlangen nicht dadurch erschwert werden, daß er mit den Kosten eines Rechtsstreites belastet wird, den er führen muß, will er z. Zt. die gepfändeten Pfandobjekte für sich nutzbar machen. Ihm kann in solchem Falle nicht zugemutet werden, die Kosten zu tragen.

Anders wird allerdings zu entscheiden sein, wenn der Pfändungspfandgläubiger D dem G die Möglichkeit zur Vorzugsbefriedigung (sei es

---

38 So beim Arrestpfandrecht des D.

39 Vgl. JW 29, 2899; JW 28, 760; OLG 11, 310; 14, 383; 22, 250, 251; RG 143, 278; Stein-Jonas: § 805, III; Jakusiel in JW 28, 2689; Pagenstecher S. 646 C.

40 Vgl. hinsichtlich des ähnlich liegenden Problems bei der Hypothekenklage gegen den Grundstückseigentümer: M. Wolff 1929 § 139 Anm. 5 mit weiterer Literaturangabe und vor allem auch Planck 4 Aufl. § 1233, 2a, β, § 1147 2e S. 907/08.

ohne oder durch Klage nach § 805 ZPO) gibt, indem er es zum Erlös kommen läßt. Anders wird auch zu entscheiden sein, wenn der Zweck des Prozesses gegen S es gar nicht war oder gar nicht sein konnte, an die gepfändeten Sachen des Mieters heranzukommen, so z. B. wenn noch genügend andere eingebrachte Sachen vorhanden sind, die zur Sicherung des G ausreichen[41]. Soll § 93 ZPO gegen den Vermieter nicht anwendbar sein, so ist dabei der Fall ins Auge zu fassen, daß die verbleibenden, durch Pfändung noch nicht verstrickten, Sachen nicht ausreichen, um die das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters begründenden Forderungen (§ 559 BGB) zu sichern.

Auf Grund des vollstreckbaren Titels aus der Zahlungsklage kann G die Sachen, die auch bereits D gepfändet hat, *anschließend pfänden*[42]. *Muß G nun außerdem noch, um die vorzugsweise Befriedigung zu erlangen, gegen D nach § 805 ZPO klagen, wenn dieser mit der Vorzugsbefriedigung nicht einverstanden ist?*

Im allgemeinen wird bei der Anschlußpfändung (§§ 826, 827 ZPO) der später pfändende Gläubiger aus dem Erlös der versteigerten Sachen n a c h dem ersten Pfändungspfandgläubiger befriedigt, da für die Verteilung die Reihenfolge der Pfändungen maßgebend ist. Durch die Anschlußpfändung hat G nur die Möglichkeit erhalten, die Versteigerung der Sachen von sich aus voranzutreiben. Hierdurch wird demnach noch nicht erreicht, daß G dem D gegenüber vorweg befriedigt wird, falls D nicht dazu sein Einverständnis gibt (arg. § 827 II ZPO).

Auch erstreckt sich die Rechtskraft des zwischen G und S ergangenen Urteils nicht auf D. Es darf ihm deshalb nicht verwehrt werden, das gesetzliche Pfandrecht des G zu bestreiten, wenn man das Urteil G — S auch in irgendeiner Beziehung gegen ihn anwenden will[43]. Dem D kann der Einwand, jener Anspruch des G „sei nicht eine Forderung aus dem Mietverhältnis ebensowenig abgeschnitten werden wie der Einwand, die Schuld des S, der seinen Prozeß ungeschickt geführt habe, sei schon vor Erlassung des inzwischen rechtskräftigen Urteils bezahlt gewesen. Denn das rechtskräftige Urteil wirkt nur für und gegen die Parteien und die in § 325 ZPO bezeichneten Rechts- und Besitznachfolger; ein solcher Nachfolger ist D aber nicht, da der Vorprozeß lediglich das rein obligatorische Verhältnis auf Geldleistung zwischen G und S zum Gegenstand hatte und eine in Streit befangene Sache nicht bestand[44]."

Deshalb ist auch m. E. selbst dann, wenn man darin, daß der Vermieter G seine Mietforderung gegen den Mieter S einklagt, einen vollstreckbaren Titel erlangt und die bereits von D gepfändeten Sachen pfändet, eine V e r w i r k l i c h u n g des g e s e t z l i c h e n Pfandrechts sieht[45], gegen D immer noch eine Klage aus § 805 ZPO nötig. Man darf auch dann dem D nicht die Möglichkeit abschneiden, den Anspruch des G

---

41 Vgl. zur näheren Begründung unten S. 21 Anm. 59.

42 Vgl. Stein-Jonas § 805, III.

43 Vgl. Pagenstecher S. 646 C.

44 So wörtlich: OLG Stettin 12, 67; zust.: Stein-Jonas § 805 IV 2; Sydow-Busch § 805, 6.

45 Vgl. vorerst Jakusiel JW 28, 2689; diese Streitfrage wird näher weiter unten S. 25 ff. behandelt.

zu bekämpfen. Die Entscheidungen, die sich mit dem Problem befaßten, ob eine Verwirklichung des gesetzlichen Pfandrechts vorliegt oder nicht[46] [47], sind keine Stütze für die Ansicht, eine Klage nach § 805 ZPO erübrige sich; denn sie behandeln nur den Fall, daß G als erster gepfändet hat und demgemäß die Versteigerung betreibt, wogegen sich D als rechtsgeschäftlicher Eigentümer nach § 771 ZPO wehren will. Im vorliegenden Fall pfändet dagegen D als erster und G will als besitzloser Pfandgläubiger nur die Vorzugsbefriedigung. Dieses will er nicht auf Grund eines Pfändungspfandrechts, sondern auf Grund seines älteren gesetzlichen Pfandrechts. D müssen daher Mittel und Wege zustehen, sich gegen diese Vorzugsbefriedigung zu wehren, da sie für seine Rechtsstellung von einschneidender Bedeutung ist.

Bei der Anschlußpfändung bedarf G daher auch noch der Klage nach § 805 ZPO gegen D, sofern dieser mit der Vorzugsbefriedigung nicht einverstanden ist[48]; denn würde man den Pfändungspfandgläubiger D einfach übergehen können, so hieße das nichts anderes als Rechtskrafterstreckung auf ihn.

Eine Klage aus § 805 ZPO ist somit in jedem Fall notwendig, wo D die Vorwegbefriedigung des G nicht anerkennt[49]. G muß also einen umständlichen Weg beschreiten, um nach einer Pfändung durch D die ihm gebührende Befriedigung erlangen zu können. Es sind zwei Klagen dazu erforderlich. —

Man kann nach geltendem Rechte selbst in dem Falle, wo der Mieter dem Vermieter keinerlei Schwierigkeiten in den Weg legt, um die Pfandobjekte für sich zu verwerten, dem letzteren sein Los nicht dadurch erleichtern, daß man ihm gegen D eine *Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung* in die gepfändeten Sachen gibt. Zwar beständen keine Bedenken, eine Klage gegen S zu sparen, wenn dieser alle Rechte des G ohne weiteres anerkennt. Aber wollte man sich in einem solchen Falle mit einer Duldungsklage gegen den Pfändungspfandgläubiger D begnügen, so würde das bedeuten, daß eine Klage aus § 805 ZPO gegen ihn un-

---

46 Vgl. OLG 11, 310; 14, 353; JW. 28, 760 (LG Berlin v. 2. 4. 1927).

47 Vgl. OLG 22, 251; RG 143, 278; JW 29, 2899 (Frankfurt). Es handelt sich dabei um folgenden Fall: Nach Entstehung des gesetzlichen Vermieterpfandrechtes sind eingebrachte Sachen vom Mieter an einen Dritten sicherungshalber oder durch einfaches Besitzkonstitut übereignet worden. Der auf Grund des vollstreckbaren Titels aus dem Leistungsurteil vorgenommenen Pfändung des Vermieters tritt der Dritte mit der Klage aus § 771 ZPO entgegen. Ist die Pfändung des Vermieters Verwirklichung seines gesetzlichen Pfandrechtes, so ist für ihn kein Pfändungspfandrecht entstanden. Es ist also auch nicht nötig, daß die Sachen noch im Eigentum des Mieters stehen. D hat keinen Erfolg mit seiner Klage. Wird dagegen dieser Gedankengang abgelehnt, so ist zwar die Pfändung nach den allgemeinen Normen der ZPO unwirksam, weil der Mieter nicht mehr Eigentümer ist, aber dann ist die Arglisteinrede gegen den Dritten begründet, da es unsinnig ist, Freigabe zu erzwingen, wenn er sie doch alsbald dem Zugriff des Vermieters wieder zur Verfügung stellen muß, wenn dieser auf Grund seines gesetzlichen Pfandrechts gegen ihn vorgeht; a. A.: Jakusiel JW 28, 2689. Siehe auch: Münzel i. Z. d. Akad. f. D. R. 1936, 307.

48 A. A.: Stein-Jonas § 805, III. Der Kommentar gibt aber keine Begründung Seine Ansicht ist unverständlich, da Stein-Jonas die Rechtskraft des Urteils G—S gegenüber D auch verneint (§ 805 IV 2).

49 Vgl. Pagenstecher S. 646 C.

nötig sein soll. D bliebe es ja unbenommen, in der Duldungsklage alle seine Einwendungen geltend zu machen. Er würde also dadurch keine prozessuale Verschlechterung erfahren. Die Duldungsklage erscheint auch deshalb vernünftiger als der jetzige Weg, weil eine Klage aus § 805 ZPO nicht immer helfen würde. Es können Fälle, wie bereits oben S. 16 erwähnt, eintreten, bei denen es zu einem Erlös, aus dem der Vermieter vorweg zu befriedigen wäre, gar nicht kommt, z. B. D schreitet nicht zu einer Versteigerung, D besitzt nur ein Arrestpsandrecht. Zum anderen würde die Duldungklage auch dem Schuldner S nützen; dieser würde mit den Kosten des Leistungsurteils gegen ihn nicht belastet, weil ein solches Urteil gegen ihn entfällt. Es ist auch nicht zu verkennen, daß man damit dem sich immer mehr durchsetzenden Bedürfnis nach einer möglichst wirtschaftlichen und einheitlichen Erledigung von Streitfällen gerecht würde; und das Gegenteil ist der Fall, wenn der Vermieter zunächst den Weg der Leistungsklage und Anschlußpfändung, und nach Erledigung dieser Verfahren den Weg des § 805 ZPO gegen D beschreiten muß, um dahin zu gelangen, wo er im Falle der Zulassung einer Duldungsklage sein würde.

Dennoch ist es nach geltendem Recht aber nicht möglich, eine solche Duldungsklage zuzulassen. Das ginge nur, wenn sie im § 805 ZPO ausdrücklich zugelassen wäre. Fühlt sich jemand durch das Zwangsvollstreckungsrecht in seinen Rechten beeinträchtigt, so kann er während des Vollstreckungsverfahrens gegen denjenigen, der die Zwangsvollstreckung betreibt, auch nur mit den Rechtsbehelfen vorgehen, die für die Zwangsvollstreckung gegeben sind[50]. Der Rechtsbehelf des nichtbesitzenden Pfandgläubigers gegen den Pfändungspfandgläubiger ist nun einmal die Klage auf vorzugsweise Befriedigung und nichts anderes. § 805 ZPO[51] ist eine zwingende öffentlich-rechtliche Vorschrift, er kann in seinen Wirkungen durch materiellrechtliche Bestimmungen des bürgerlichen Rechts nicht beseitigt werden.

Die Duldungsklage, die auch eine analoge Anwendung des § 1233 II BGB insofern bedeuten würde, als an die Stelle des Eigentümers (mit dessen Einverständnis) der Pfändungspfandgläubiger tritt, ist nicht zulässig, weil durch die Pfändung das Recht des Vermieters aus § 1233 II BGB gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger nicht mehr durchsetzbar ist[52]. Ist aber schon die direkte Anwendung einer Vorschrift ausgeschlossen, so eine analoge Anwendung erst recht.

Ob es sich bei einer künftigen Neufassung des § 805 ZPO empfiehlt, diese Duldungsklage zuzulassen, soll an dieser Stelle noch nicht entschieden werden[53].

In einem Fall wird der Vermieter allerdings der Erhebung sämtlicher Klagen enthoben, nämlich dann, wenn die von dem Dritten gepfändeten Sachen vom Grundstück entfernt werden und die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen. Nach der

---

50 Vgl. Posen Rspr. 17, 335.
51 Sowie auch § 771 ZPO, vgl. KG 67, 312.
52 Vgl. oben S. 16 Anm. 34.
53 Vgl. unten S. 71.

herrschenden Ansicht[54] erlischt nämlich in einem solchen Fall das Pfandrecht des Vermieters. § 560 BGB spricht dies allerdings nur aus im Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter. Es ist aber kein vernünftiger Grund ersichtlich, weshalb diese Vorschrift nicht auch gelten soll bei Entfernung der Sachen durch den Gerichtsvollzieher. Die gegenteilge Ansicht[55], die sagt, der § 805 ZPO regele nur das Verhältnis zwischen Vermieter und Pfändungspfandgläubiger, ersetze im Rahmen dieses Verhältnisses das Widerspruchs- und Sperrecht der §§ 560, 561 BGB durch das Recht auf vorzugsweise Befriedigung, lasse aber im übrigen das Vermieterpfandrecht unberührt, bedeutet eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung des Vermieters für diesen Fall. „Denn einmal kann das Interesse des Mieters u. U. dahin gehen, daß der anderweit gesicherte Vermieter dem Pfändungspfandgläubiger den Erlös nicht streitig machen darf, weil sonst der dritte Gläubiger eine übermäßige Ausdehnung der Pfändung herbeizuführen suchen würde, wenn er gewärtigen müsse, daß sich der Vermieter trotz anderweitiger Leistung an den Erlös halten werde[56]". Zum anderen ergibt die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen des Vermieters in beiden Fällen, daß sie völlig gleich liegen. § 560 Satz 2 BGB wirkt daher nicht nur zugunsten des Mieters, sondern auch zugunsten des Pfändungspfandgläubigers[57]. Das gilt aber nur, wenn ausreichende Sicherung weiter vorhanden ist[58]. Wenn die Pfändungspfandgläubiger durch den Gerichtsvollzieher alle eingebrachten Sachen des Mieters fortschaffen lassen, ist keine ausreichende Sicherung des Vermieters mehr vorhanden. Dann kann der Vermieter gegen jeden Pfändungspfandgläubiger vorgehen[59]. Namentlich in wirtschaftlichen Notzeiten werden die Dinge recht oft so liegen, daß schon nach der Entfernung einiger Sachen eine ausreichende Sicherung nicht mehr vorhanden ist, zumal auch das Vermieterpfandrecht gemäß § 559 BGB für den Mietzins des laufenden und folgenden Mietjahres geltend gemacht werden kann[60].

Der Vermieter muß also trotz der eben genannten Einschränkung manchmal den umständlichen Weg zweier Klagen beschreiten, will er die Pfandobjekte für sich auswerten, falls es durch den Pfändungspfandgläubiger zu einer Versteigerung nicht kommt.

d) Verpfändung von eingebrachten Sachen an den Vermieter.

Auch auf andere Probleme um das Vermieterpfandrecht und § 805 ZPO ist einzugehen.

---

54 Vgl. Stein-Jonas § 805 II 1; Sydow-Busch 21. Aufl. § 805, 6; OLG 19, 2.

55 Vgl. KG in Rspr. 27, 175.

56 So wörtlich RG 71, 420.

57 So jetzt auch KG in JW 28, 2562; Staudinger 9. und 10. Aufl. § 559 IV 1 d β.

58 Vgl.: Seuff.-Walsm. § 805, 1e; Emmerich S. 511.

59 Daraus ergibt sich umgekehrt in bezug auf die persönliche Zahlungsklage des Vermieters gegen den Mieter: Sind genug weitere Sicherungen vorhanden, so kann der Vermieter den Erlös der gepfändeten Illaten nicht für sich vorweg beanspruchen; § 805 ZPO ist nicht anwendbar. Da keine Zahlungsklage nötig ist, um es im Wege der Anschlußpfändung und der Klage nach § 805 ZPO zum Erlös kommen zu lassen, so trägt der Vermieter die Kosten der Zahlungsklage gegen den Mieter, wenn dieser sofort anerkennt. Vgl. oben S. 18.

60 Vgl. Pagenstecher S. 647, insbes. Anm. 34.

Wie liegen die Verhältnisse im Hinblick auf die Anwendung und Auslegung des § 805 ZPO, wenn der Meter S eine eingebrachte Sache an G für dessen Mietforderung verpfändet[61]? Bleibt es dann bei der Anwendung des § 805 ZPO, oder erlangt der Vermieter das Recht, gegen D nach § 771 ZPO vorzugehen?

§ 771 ZPO kann in diesem Fall nur zur Anwendung kommen, wenn man folgendes bejaht:

1. Durch die Verpfändung muß G den Besitz an der Pfandsache erlangt haben (außerdem muß die Verpfändung gültig sein).
2. Ein Besitzpfandrecht muß ein die Veräußerung hinderndes Recht sein.

Zu 1 ist folgendes zu sagen: Grundsätzlich ist es ausgeschlossen, daß einem Gläubiger für eine und dieselbe Forderung mehrere Pfandrechte an derselben Sache zustehen[62]. Liegen deshalb die Verhältnisse derart, daß eine Sache, die wegen einer Forderung bereits kraft Gesetzes Objekt einer pfandrechtlichen Sicherung ist, nochmals an denselben Pfandgläubiger für dieselbe Forderung verpfändet wird, so muß entweder

a) das alte gesetzliche Pfandrecht untergehen, soll das neue vertraglich entstehen,

oder

b) dieses bleibt bestehen und das neue vertragliche entsteht gar nicht erst.

Das jeweilige Ergebnis folgt aus dem Parteiwillen. Soll nur eine vermehrte Sicherung des alten Pfandrechts der Zweck der Vereinbarung sein, so bleibt dieses bestehen. Soll dagegen eine n e u e Sicherung geschaffen werden, so ist in Zukunft nur noch das neue, vertragliche Pfandrecht zu berücksichtigen[62].

a) Es liegt nahe, regelmäßig das Entstehen des vertraglichen, und damit den Untergang des gesetzlichen Pfandrechts anzunehmen, weil das vertragliche dem Vermieter eine bessere Rechtsstellung verleiht. Einmal gelten dann nämlich die Beschränkungen der §§ 559, 560 Satz 2, 563 BGB nicht mehr, zum anderen wird er dadurch b e s i t z e n d e r Pfandgläubiger und kann den verstärkten Schutz des § 771 ZPO beanspruchen, wenn das rechtsgeschäftliche Pfandrecht ein die Veräußerung hinderndes Recht ist[63], [64].

---

[61] Mit diesem Fall ist nicht zu verwechseln, daß mehrere Pfandrechte an derselben Sache verschiedene Teile derselben Forderung sichern. Beispiel: G hat gegen S eine Forderung von 1000 RM. In Höhe von 600 RM. bestellt S dem G ein Pfandrecht an einer Sache. Etwas später wird an derselben Sache ein Pfandrecht zugunsten des G bestellt, das die restlichen 400 RM. sichern soll. Hier liegen 2 Pfandrechte, in Höhe von 600 RM. und 400 RM. vor und keins in Höhe von 1000 RM. (Vgl.: Emmerich S. 42.) Nicht zu verwechseln ist hiermit weiter die Möglichkeit eines Nebeneinanders von gesetzlichem und vertraglichem Pfandrecht durch Verpfändung einer eingebrachten Sache des Mieters für eine a n d e r e als die Mietforderung.

[62] Vgl. Emmerich S. 42 und Heyum JW 29, 3220; was gilt, wenn das zweite Pfandrecht ein Pfändungspfandrecht ist, s. unten S. 24 ff.

[63] Vgl. Emmerich, S. 44.

[64] Vgl. Emmerich, S. 44.

Von der weitaus herrschenden Meinung wird bejaht, daß das Besitz vermittelnde Pfandrecht unter § 771 ZPO fällt[65]. Anderer Meinung ist, soweit ich ersehen habe, nur das K G in einem Urteil vom 10. 11. 13 (OLG 29, 195) und S o h m (Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage [S. 94 f., 167 f.]. Diese Entscheidung des KG hat aber keinen Beifall gefunden[66]. Es ist der herrschenden Ansicht beizutreten, zumal mir ein Gesichtspunkt durchschlagend zu sein scheint: § 805 ZPO ist seinem Wesen nach eine Ausnahmevorschrift von der Regelvorschrift des § 771 ZPO. Wenn nun § 805 ZPO sich beschränkt auf den Fall, daß der Berechtigte die Pfandsache n i c h t besitzt, so ist daraus zu folgern, daß sonst bei Pfändungen von Sachen, in deren Besitz er ist, die Regel des § 771 ZPO Platz greift[67]; mithin ist das Pfandrecht als ein die Veräußerung hinderndes Recht anzusehen[68].

b) Anders wäre dagegen zu entscheiden, wenn nach dem Entstehen des gesetzlichen Vermieterpfandrechtes andere Pfandrechte entstanden wären an der Sache, die jetzt an den Vermieter verpfändet worden ist. Hier wird man nicht annehmen können, daß das alte Vermieterpfandrecht untergehen soll, es sei denn, daß dies ausdrücklich vereinbart worden ist. Im Zweifel wird nämlich der Vermieter sein Pfandrecht ersten Ranges behalten wollen. Da hier das alte gesetzliche Pfandrecht weiter besteht, kann ein neues vertragliches Pfandrecht für die Mietforderung nicht entstehen[69]. Die Verpfändung ist unwirksam[70].

---

65 Vgl.: OLG 35, 177; KG JW 28, 2370; Sydow-Busch § 771; Seuff.-Walsm. § 771, 2b; Baumbach (14.) § 771, 6; Stein-Jonas § 771 II 1, 15. u. 16. Aufl.

66 Die Argumente des KG sind etwa folgende: In den §§ 1290, 1232 sehe das BGB die wirksame Entstehung mehrerer Pfandrechte hintereinander ausdrücklich vor. Abreden, wonach die weitere Belastung des Pfandes mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden solle, seien nach § 137 BGB nichtig. Wenn die Ausübung des 2. Pfandrechts das 1. Pfandrecht verletze oder beeinträchtige, so müsse nach den bürgerlichen Pfandrechtsgrundsätzen gemäß §§ 1227, 1004 BGB der erste Pfandgläubiger gegen den zweiten auf Unterlassung klagen. Der Vertragspfandgläubiger müsse sich also die Begründung weiterer Vertragspfandrechte gefallen lassen. Das Entsprechende müsse wegen Gleichheit der Verhältnisse gelten im Verhältnis zwischen Vertragsgläubiger und Pfändungspfandgläubiger. Streitigkeiten zwischen beiden könnten daher nicht nach § 771 ZPO entschieden werden.

Aber liegen die Verhältnisse denn gleich? Das ist zu verneinen. Der erste Pfandgläubiger kann sich nämlich doch durch Vertrag vor weiteren Verpfändungen sichern, wenn auch nur mit obligatorischer Wirkung, indem er sich vom Schuldner eine hohe Vertragsstrafe (§ 339 BGB) ausbedingt für den Fall, daß die Sache weiter verpfändet wird, und für die das Pfand haften soll. (Vgl.: Pagenstecher S. 652, Anm. 60.) Läßt man das wirtschaftliche Ergebnis entscheidend sein, so kann sich der erste Vertragspfandgläubiger vor unliebsamen Schädigungen durch eine solche Abrede schützen. Das ist aber nicht möglich, wenn der zweite Gläubiger sein Pfandrecht durch Pfändung erwirbt. Die Verhältnisse, die möglich sind beim Vertragspfandrecht, lassen sich deshalb nicht ohne weiteres auf das Pfändungspfandrecht übertragen in dem Sinne, wie es das KG tut.

67 Vgl.: Förster-Kann 1926 § 805, 5; OLG 29, 195.

68 Im übrigen kommt der Frage keine große praktische Bedeutung zu, da der Besitz für sich genommen schon ein die Veräußerung hinderndes Recht ist, sofern der Besitz ein solcher ist, der Anspruch auf Rechtsschutz hat. (Vgl.: RG 34, 422; 40, 405; Warn. 19, 125; KG JW 28, 2372; Sydow-Busch § 771, 3; Pagenstecher Anm. 15.)

69 Vgl.: Emmerich S. 44 Anm. 139.

70 Emmerich S. 44 Anm. 139 ist der Ansicht, daß trotz dieser Unwirksamkeit die Rechtslage des Vermieters insofern verbessert worden sei, als er jetzt kraft

Als Regel läßt sich demnach aufstellen: *Das gesetzliche Pfandrecht bleibt solange bestehen, bis das vertragliche entstanden ist.*

Sind deshalb z. B. der Vermieter G und der Mieter S einig, daß eine Mietschuld besteht, ist der Mieter weiter nicht imstande, die Schuld abzudecken und verpfändet er deshalb eingebrachte Sachen dem Vermieter, um diesem ein besseres Pfandrecht zu verschaffen, so führt dieser Weg nur zum Ziel, wenn nicht inzwischen ein anderer bei S gepfändet hat.

Wie ein unglückliches Zusammentreffen von Zufällen die Einigung[71] von G und S zwecklos machen kann, zeigt folgender Fall: G und S sind sich über die Verpfändung einig, sowie darüber, daß G die Sachen in seiner Wohnung verwahren soll. Aus Gründen, die nicht näher interessieren, sollen die Sachen aber erst in einer Stunde fortgeholt werden. In der Zwischenzeit pfändet ein anderer gerade diese Sachen. Ein Besitzpfandrecht des G ist hier nicht entstanden, weil G kein Faustpfand besitzt und eine Pfandrechtsbestellung durch Besitzkonstitut nach dem BGB nicht zuläsig ist (Arg. § 1206 BGB).

Durch die Pfändung des anderen ist es dem G unmöglich gemacht, ein Besitzpfandrecht in dem Range und mit den Rechten zu erwerben, wie es von G und S vorgesehen war. Sein älteres Vermieterpfandrecht ist allerdings nach der oben S. 24 gewonnenen Regel nicht untergegangen, aber dennoch hat er durch die Pfändung des anderen nur noch die Klage aus § 805 ZPO[72]. Auch hier fällt es auf, wie ungerecht es bei der heutigen Fassung des § 805 ZPO ist, dem G durch die Pfändung des anderen seine Rechte aus §§ 1233 ff. BGB zu nehmen, während auf der anderen Seite der besitzende Pfandgläubiger über alle Maßen geschützt ist, und gegen j e d e Pfändung die Unzulässigkeitserklärung herbeiführen kann (§ 771 ZPO).

e) Pfändung eingebrachter Sachen durch den Vermieter für seine Mietzinsforderung.

Gelten ähnliche Gedankengänge, wenn man an die Stelle des vertraglichen ein Pfändungspfandrecht des V e r m i e t e r s setzt, der Vermieter mithin eingebrachte Sachen für die Mietforderung p f ä n d e t? Wenn auch hier der Grundsatz gelten soll, daß eine Forderung eines Gläubigers nicht durch mehrere Pfandrechte an derselben Sache gesichert werden kann, so würde das bedeuten, daß der Vermieter durch die Pfändung entweder ein Pfändungspfandrecht erwirbt und damit auf sein älteres gesetzliches Pfandrecht verzichtet hat, oder aber dieses bliebe bestehen und jenes käme gar nicht zur Entstehung. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht.

Der eigentliche Grund, weshalb nicht ein gesetzliches und vertragliches Pfandrecht zugleich an derselben Sache wegen derselben Forderung möglich ist, liegt in der strengen Accessorietät der beiden bürger-

---

Vereinbarung Besitzer geworden sei und ihm insoweit das Recht aus § 771 ZPO zustehe. M. E. ist diese Ansicht nicht richtig. Wenn G den Besitz der Sachen nach der Pfändung des D erlangt, so hat er diesem gegenüber kein Recht auf den Besitz. Wäre man anderer Meinung, so könnte § 805 ZPO auf diesem Wege leicht umgangen werden.

[71] Ein Zustand, der erfreulich ist, weil er dem Rechtsfrieden dient.

lichen Pfandrechte[73]. Dagegen ist das Pfändungpfandrecht mindestens kein streng accessorisches Recht[74]. Das Bestehen einer Forderung ist keine Existenzvoraussetzung des Pfändungspfandrechts[75]. So erlischt es auch nicht bei Erlöschen der Forderung[76]. Daraus folgt, daß das Pfändungspfandrecht ein Recht ist, das allein nach den formalen Grundsätzen der ZPO entsteht, unabhängig von den materiellen Regeln des bürgerlichen Rechts[77]. Ist der Form nach gültig gepfändet worden, so entsteht ein Pfändungspfandrecht auch, wenn die Forderung, wegen der vollstreckt worden ist, bereits durch ein gesetzliches Pfandrecht an derselben Sache gesichert ist[78], da es nicht forderungsgebunden ist.

Schon aus diesem Grunde kommt es dazu, daß der Vermieter, der eingebrachte Sachen in gültiger Form[79] pfändet, ein Pfändungspfandrecht neben dem gesetzlichen Pfandrecht erwirbt. Aus der Pfändung ist auf keinen Verzichtswillen des Vermieters auf das gesetzliche Pfandrecht zu schließen[80].

Abgesehen hiervon gibt es aber eine Meinung, die gerade darin, daß der Vermieter, der sich für seinen Mietzinsanspruch ein Leistungsurteil verschafft und auf Grund dieses Urteils eingebrachte Sachen pfändet, eine Geltendmachung, eine Verwirklichung des Vermieterpfandrechts sieht[81]. Ein zweites Pfandrecht an den Sachen ist hiernach nicht entstanden. Begründet wird diese Ansicht im wesentlichen wie folgt: Es stehe nirgends geschrieben, daß die Wege der §§ 1228, 1233 ff. BGB die einzigen seien, das Vermieterpfandrecht zu verwirklichen. Im Gegenteil, wenn schon der Vermieter gemäß §§ 1233 I, 1234 ff. BGB sich ohne Titel gegenüber dem Eigentümer im Wege öffentlicher Versteigerung nach Androhung befriedigen könne, so müsse die Pfandrechtsbefriedigung erst recht möglich sein, wenn der Vermieter die Zwangsvollstreckung auf Grund eines gegen den persönlichen Schuldner erwirkten Titels betreibe.

---

72 Falls es zu einem Erlös nicht kommt aus den oben S. 16 genannten Gründen, muß G gegen S, obwohl über das Vermieterpfandrecht zwischen beiden volle Einigkeit besteht auf Zahlung des Mietzinses klagen oder gegen ihn einen Zahlungsbefehl erwirken; vgl. Pagenstecher S. 646 C.

73 Kein Pfandrecht ohne Forderung; eine Forderung: ein Pfandrecht an derselben Sache; da keine zweite Forderung, kein zweites Pfandrecht. Accessorietät verhindert insoweit die Dublizität.

74 Sehr str. vgl.: Kohler Ziv. Arch. 80, 157; Weismann LZ S. 122; Pagenstecher Gruch. 50, 274 ff. mit näherer Literaturangabe; Baumbach (14.) § 804, 1; — a. A.: Falkmann ZV. S. 623 ff.; Stein-Jonas § 804 IV, II, 1; Rspr. 21, 105; Seuff.-Walsm. § 804, 6e; Hein ZV. S. 354. Auf die Streitfrage soll hier nicht näher eingegangen werden.

75 Wichtig bei vorläufiger Vollstreckbarkeit! Emm. S. 530.

76 Vgl.: Sydow-Busch § 804, 1.

77 Vgl.: Emmerich S. 45; S. 530; „Der Gläubiger ohne Forderung ist rechtmäßiger Vollstreckungsgläubiger, wenn der Mangel nicht nach § 767 ZPO gerügt wird". Also kann er durch Pfändung ein Pfandrecht begründen, ohne eine Forderung zu haben.

78 Vgl.: Emmerich S. 45, insbes. Anm. 142, wo zur Begründung beachtlicherweise arg. e contr. § 777 ZPO angeführt ist; Emmerich S. 258.

79 Insbes. die gepfändete Sache auch zum Schuldnervermögen gehört; vgl. Pagenstecher S. 641, insbes. Anm. 3; RG 60, 72; 90, 198; Seuff.-Walsm. (12) § 804, 2b; Stein-Jonas (15) § 804, II 3.

80 Vgl. Text unten S. 27.

81 Vgl.: LG Berlin JW 28, 760; Heyum JW 29, 3220; Stein-Jonas (15) § 804, II 1; auch KG Rspr. 11, 310; 14, 383; s. oben S. 18 Anm. 45; Pagenstecher S. 646 Anm. 27.

Der Weg der Pfändung sei eben der durch die ZPO eröffnete Weg, um das Vermieterpfandrecht auszuüben. Die §§ 1228, 1233 genügten eben den praktischen Bedürfnissen nicht. Im übrigen müßte dies schon deshalb gelten, weil es unmöglich sei, daß an demselben Gegenstand wegen derselben Forderung zwei Pfandrechte beständen[82].

Dieser Meinung ist indessen nicht beizutreten, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß sie einem praktischen Bedürfnis entspricht. Einmal ist es nicht richtig, daß ein bürgerliches und ein Pfändungspfandrecht wegen derselben Forderung nicht an derselben Sache bestehen können; das gilt nur beim Zusammentreffen von zwei bürgerlichen Pfandrechten, wie oben S. 24 dargelegt worden ist. Zum anderen erscheint es nicht gerechtfertigt, den zwei vom Gesetz offen gelassenen Wegen noch einen dritten hinzuzufügen[83], wenn man sich folgendes einmal klar macht: Hat jemand ein Faustpfand, so wird man von einem praktischen Bedürfnis, dem Pfandgläubiger neben den Wegen über §§ 1228, 1234 ff. und des § 1233 II BGB noch einen weiteren zuzulassen, um das Pfandrecht zu verwirklichen, nicht sprechen können; denn da der Pfandgläubiger das Pfand in Besitz hat, ist er nicht gehindert, zum Verkauf zu schreiten oder gegen den Eigentümer einen Duldungstitel zu erstreiten[84] (§ 1233 II), um das Pfand nach den Regeln der ZPO verkaufen zu können. Noch einen dritten Weg zulassen, damit der besitzende Pfandgläubiger sein Recht realisieren kann, wäre willkürlich. — Beim Vermieterpfandrecht liegen die Verhältnisse hiermit nun allerdings nicht völlig gleich; der Vermieter hat nur ein Pfandrecht, das keinen Besitz vermittelt. Für ihn ist der Weg der §§ 1228, 1234 ff. BGB praktisch bedeutungslos, da der Mieter in der Regel die Sachen nicht freiwillig herausgeben wird. Der Weg des § 1233 II BGB hilft ihm auch nichts; hat der Vermieter im Wege der Anschlußpfändung gepfändet, so versagt das Recht aus § 1233 II BGB; wenn ein anderer dagegen vorher nicht gepfändet hat, so steht ihm zwar gegen den neuen rechtsgeschäftlichen Eigentümer der Anspruch aus § 1233 II BGB zu[85], aber dann ist wieder die Pfändung zwecklos gewesen. Um ihm diese Klage gegen den neuen Eigentümer zu ersparen, wäre es wohl zweckmäßig, in der Pfändung bereits eine Verwirklichung des Pfandrechts zu sehen; nach geltendem Recht kann dieses aber nicht der Fall sein.

Wir haben gesehen, daß die Verhältnisse des vertraglichen und des Pfändungspfandrechtes nicht gleich liegen. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, haben ihren Grund in der Bestimmung der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über das Faustpfand auf das keinen Besitz vermittelnde gesetzliche Pfandrecht. Diese entsprechende Anwendung zwingt leider auch dazu, daß man die beiden Pfandrechte nicht verschieden behandeln kann. Die Pfändung auf Grund des persönlichen Leistungsurteils ist deshalb — wie beim Faustpfand auch — k e i n e

82 Vgl.: Heyum in JW 29, 3220.

83 Vgl.: Frankfurt JW 29, 2899.

84 § 1233 II BGB ist nur eine dingliche Klage gegen den Eigentümer; vgl. M III 822/23, P III 474/761; Staudinger (9) § 1233 II a; RGRK (8) § 1233, 2; Planck (4.) § 1233, 2a β.

85 Vgl.: oben S. 18 Anm. 44.

Verwirklichung des gesetzlichen Pfandrechts, sondern eine Pfändung wie jede andere der ZPO[86]. Der Verkauf erfolgt nicht auf Grund des Pfandrechts, sondern auf Grund der Pfändung, da diese Pfändung keinen das dingliche Recht festsetzenden Titels voraussetzt, ohne einen solchen Titel die Vollstreckung des Pfandrechts aber nicht möglich ist[87].

Durch die Pfändung entsteht ein zweites Pfandrecht an der Sache. Das ältere gesetzliche Pfandrecht bleibt bestehen. Deshalb steht dieses Recht des Vermieters den Rechten der Zwischenpfandgläubiger nach wie vor gemäß § 805 ZPO entgegen. Das ist zugleich die Erklärung, weshalb die Klage des G nach § 805 ZPO von Erfolg gekrönt sein muß, wenn vor der Anschlußpfändung des Vermieters ein anderer gepfändet hat. Durch die Pfändung hat der Vermieter nicht auf sein älteres gesetzliches Pfandrecht verzichtet.

III. Fälligkeitsklausel des § 805 ZPO und ihre Auswirkung.

Durch § 805 ZPO sind nicht nur umständliche Wege nötig für den besitzlosen Pfandgläubiger, um ans Ziel zu gelangen, sondern es werden auch ganz eigenartige Situationen geschaffen sowohl zum Nachteil des Schuldners als auch des besitzlosen Pfandgläubigers. Ist nämlich die Forderung des Pfändungspfandgläubigers (D) zwar fällig, die des Vermieters oder sonstigen besitzlosen Pfandberechtigten (= G.) dagegen nicht, so wird durch die Fassung von § 805 ZPO die Forderung des G regelmäßig fällig[88], da er einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös hat „ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht".

1. Als Gefahr für den Schuldner.

Diese Regelung ist deshalb mit gewissen Gefahren für den Schuldner verbunden, weil es dem Klageberechtigten aus § 805 ZPO sehr leicht gemacht wird, einen Strohmann vorzuschieben, der wegen einer geringfügigen Geldforderung gegen den Schuldner pfändet, und zwar nicht, um

---

86 Vgl.: Frankfurt JW 29, 2899; RGZ 143, 278; Rspr. 22, 250; Staudinger-Kober (9. Aufl.) § 1233, IIb; Planck 4. Aufl. § 1233, 2a; RGRK 8. Aufl. § 1233, 2; Jakusiel in JW 28, 2689; Münzel in JW 29, 2855; Hein in JW 28, 760, nach dem die Pfändung deshalb als Mittel für die Pfanddurchführung nicht in Betracht kommt, weil der Mobiliarberechtigte ein Eigenbefriedigungsrecht habe, im Gegensatz zum Grundpfandberechtigten, wo Pfändung zur Verwirklichung nötig sei (§ 1147 BGB). Wegen dieses Eigenbefriedigungsrechts wird man auch nicht mit einer Analogie aus § 1147 BGB helfen können; § 1147 BGB ist der Weg des Hyp.-Gläubigers, um seinen Anspruch verwirklichen zu können; eine analoge Anwendung der Grundsätze, die für das Sachpfandrecht gelten (§ 1228 ff. BGB) ist nicht möglich; dasselbe muß aber auch umgekehrt gelten für eine analoge Anwendung des § 1147 BGB auf Sachpfandrechte.

87 Vgl.: OLG. 17, 5; 18, 167; a. A.: Emmerich S. 462, der zwar auch in der Pfändung keine Durchführung des Vermieterpfandrechts sieht, wohl aber eine Geltendmachung des Herausgabeanspruchs. Diese Gleichstellung von dingl. und persönl. Titel ist aber nicht möglich; vgl. auch: Münzel in JW 29, 2855. Vgl. weiter: RGZ. 103, 137. Hiernach kann zwar die Beschlagnahme der für die Hypothek gem. § 1124 BGB haftenden Miet- und Pachtzinsen durch Pfändung erfolgen, aber nur auf Grund eines dinglichen Titels.

88 Wegen der Ausnahme vgl.: Pagenstecher S. 647 Anm. 32.

den Strohmann zu befriedigen, sondern um dem besitzlosen Pfandgläubiger die Möglichkeit zu verschaffen, seine noch lange nicht fällige Forderung bereits jetzt realisieren zu können[89]. Der Pfändungspfandgläubiger wird, solange er vom Erlös nichts erhalten wird, weil die Forderung des ersten Pfandgläubigers sehr hoch ist, die Pfändung in andere eingebrachte Sachen so lange wiederholen, bis auch er befriedigt ist. Auf dem Rücken des Schuldners ausgetragen, erlangt somit der Gläubiger durch die Fassung des Gesetzes Vorteile, die ihm gewiß nicht gewährt werden sollten[90].

2. Als Gefahr für den Pfandgläubiger.

Umgekehrt kann diese Fälligkeitsfassung des § 805 ZPO sich aber auch zum Nachteil des besitzlosen Pfandgläubigers auswirken. Durch § 805 ZPO kann der besitzlose Pfandgläubiger gezwungen werden, sein Geld schon jetzt zurückzunehmen, obgleich ihm dies unter Umständen gar nicht lieb ist[91]. Beispiel: G gibt dem S ein auf lange Sicht unkündbares Darlehen zu gutem Zinsfuß. Zur Sicherheit sind dem G wertvolle Inhaberpapiere verpfändet worden. Die Wertpapiere kommen dem G abhanden und werden von dritter Seite gepfändet. — G muß jetzt, um überhaupt etwas für sich aus den Pfandstücken zu retten, auf die ganzen Vorteile verzichten, die ihm die Darlehensgewährung im übrigen vermittelt hatte. Vielleicht hat er auch zur Zeit des Darlehensabschlusses ein anderes, spekulatives, an sich gewinnbringenderes Geschäft nur deshalb nicht abgeschlossen, weil er die sichere Anlage seines Geldes vorzog. Lediglich weil hinterher ein Vollstreckungsgläubiger die Pfandsachen gepfändet hat, werden seine Berechnungen zunichte, wenn er das Geld nicht zu den gleichen Bedingungen wieder anlegen kann.

§ 805 ZPO gibt auch dem Schuldner die Möglichkeit, langfristige Schulden vorzeitig zu tilgen, indem er einen Dritten veranlaßt, bei ihm zu pfänden[92], so, wenn das abhanden gekommene Pfand sich bei dem Schuldner befindet. —

3. Als Gefahr bei künftigen Forderungen.

§ 805 ZPO hat nicht den Fall geregelt, daß dem G ein Pfandrecht für eine künftige Forderung zusteht. Hieraus ergeben sich schwerwiegende rechtliche Folgen, so daß man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, die Fassung des § 805 ZPO sei nicht genügend durchdacht worden. Es fragt sich, ob auch künftige Forderungen fällig werden oder, wenn nicht, wie sie sonst zu behandeln sind.

Fällig werden können die künftigen Forderungen schon deswegen nicht, weil nicht feststeht, ob sie überhaupt jemals entstehen werden. Wollte man anders entscheiden, so könnte der Vermieter, wenn ein anderer eingebrachte Sachen bei dem Mieter pfändet, sofern die übrigen

---

89 Bei unverzinslichen Forderungen entsprechend den §§ 1133, 1217 BGB unter Abzug des Zwischenzinses; Baumbach (14) § 805, 2; Stein-Jonas § 805 IV 2; — a. A. Emmerich S. 432; Förster-Kann (3.) § 805, 1 b aa nur für Hinterlegung.

90 Vgl.: Pagenstecher S. 652 Anm. 59.

91 Vgl.: Pagenstecher S. 647 D.

92 Vgl.: Pagenstecher S. 647, 650, der allerdings einen Fall voraussetzt, wo alle Pfandrechte de lege ferenda unter § 805 ZPO fallen.

Sachen zur Sicherung nicht ausreichen, die Auskehrung des Erlöses in der Höhe an sich verlangen, die der Summe des laufenden und folgenden Jahres an Mietzinsen gleichkommt. Das ist aber unmöglich[93]. Andererseits würde es wieder nicht gerechtfertigt sein, wollte man ihm überhaupt nichts aus dem Erlös zugute kommen lassen, wo kraft Gesetzes für diese Mietzinssumme das Vermieterpfandrecht besteht und geltend gemacht werden kann. Nach geltendem Recht kann man deshalb nur so entscheiden, daß diese Summe zugunsten des Vermieters zu hinterlegen ist[94].

§ 805 ZPO bedeutet hierin in zwiefacher Hinsicht Nachteil:

a) Dem Vermieter werden Vermögensstücke entzogen für Forderungen, die vielleicht gar nicht entstehen,

b) der Vermieter erhält statt eines Pfandrechts an Sachen ein Pfandrecht an einer Forderung, was jedenfalls dann vom Übel ist, wenn eine Geldentwertung folgt[95].

Ähnliche Gedankengänge sind in folgendem Fall maßgebend: G räumt dem S einen Kredit bis zu einer gewissen Höhe ein. Zur Sicherung verpfändet S an G irgendwelche Sachen gemäß §§ 1204 II, 1209 BGB. Die Sachen kommen G abhanden und werden darauf von einem anderen gepfändet, bevor S den Kredit in Anspruch genommen hat.

Die auf den ersten Blick einleuchtenden Einwände wie: S könne ja nunmehr den Kredit in Anspruch nehmen, um die Forderung zum Entstehen zu bringen, oder G könne den pfändenden Dritten nach § 268 BGB ablösen, um seine Sicherung zu retten, nützen bei näherer Betrachtung nicht viel. Die ganze Geschäftsverbindung wird trotz dieser Einwände praktisch wertlos, wenn S zur Zeit für Waren keine Verwendung hat[96], wenn durch die Ablösung das Risiko für G zu hoch wird oder der Dritte durch die Pfändung nur einen Druck auf G ausüben wollte und es schon deshalb dem G nicht zuzumuten ist, den Dritten seinerseits zu befriedigen. —

IV. § 805 ZPO und die Rechtspfandrechte.

Auch sonst gibt § 805 ZPO zu Problemen Anlaß. Es fällt auf, daß § 805 ZPO sich seinem Wortlaut nach nur auf Sachen bezieht. Ist § 805 ZPO troztdem einer ausdehnenden Auslegung fähig, m. a. W. werden von § 805 ZPO auch Rechte erfaßt?

1. Fragen um den Miteigentümeranteil.

Es ist manchmal nicht ohne weiteres ersichtlich, ob es sich um ein Sachpfandrecht oder um ein Pfandrecht an einem Recht handelt. Wie ist es etwa mit dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters, wenn die eingebrachten Sachen nicht im Alleineigentum des Mieters stehen, sondern wenn er an ihnen nur Miteigentum hat?

---

93 Vgl.: Pagenstecher S. 647 E.

94 Vgl.: Pagenstecher S. 647 E. Also ähnlich wie im Konkurs.

95 Was Pagenstecher S. 647 E mit Recht betont.

96 Vgl.: Pagenstecher S. 647, 653; bezüglich weiterer Einwände siehe Pagenstecher S. 653 Anm. 64/66.

Eine neuere Reichsgerichtsentscheidung (RGJW 1935 S. 1010)[97] spricht dem Vermieter das gesetzliche Pfandrecht an dem Miteigentum des Mieters zu, sagt aber nichts darüber, ob diesese Pfandrecht *für den Bereich des § 805 ZPO* als Sachpfandrecht oder als Pfandrecht an einem Recht anzusehen ist.

Seiner eigentlichen Natur nach sollte das Pfandrecht am Miteigentümeranteil kein Sachpfand, sondern ein Pfandrecht an einem Recht sein; dennoch behandelt das BGB es im Titel „Pfandrecht an Sachen" (§ 1258 BGB), nicht bei den Pfandrechten an Rechten (§ 1273 ff. BGB). Bedeutet dies, daß es in j e d e r Hinsicht wie ein S a c h pfandrecht zu behandeln ist, oder hat man damit nur erreichen wollen, daß die Vorschriften des 1. statt des 2. Titels des IX. Abschnittes des BGB (§§ 1204—1258) auf dieses Pfandrecht anwendbar sind[98], daß im übrigen aber nichts geändert werden sollte an der rechtlichen Natur dieses Pfandrechts? Wollte man der ersten Meinung folgen und sie konsequent durchführen, so müßte auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung der Miteigentümeranteil von dem Gläubiger des Mieters gepfändet werden wie eine Sache nach Maßgabe des § 808 ZPO.

Eine Sachpfändung nach § 808 ZPO würde folgendes Bild zeigen:

> Die ganze Sache wird gepfändet und verkauft. Der Erlös wird nach dem Verhältnis der ideellen Anteile unter die Miteigentümer verteilt, so daß sich der Gläubiger aus dem Anteil seines Schuldners befriedigen könnte.

Diese Ansicht wäre aber auf jeden Fall unzutreffend. Das ergibt sich aus § 747 Satz 2 BGB. Hiernach kann der Miteigentümer nicht einseitig über die Sache im ganzen ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer verfügen. Wenn der Miteigentümer selber hierzu nicht fähig ist, kann dies auch der Pfändungspfandgläubiger nicht sein[99]. Würde es dennoch geschehen, hätten die Miteigentümer das Widerspruchsrecht[100].

Falkmann[101] meint, da die ZPO bei der Vollstreckung in das Eigentum an einer körperlichen Sache nur die Form der Sachpfändung nach § 808 ZPO kenne, müsse auch der Miteigentümeranteil nach § 808 ZPO gepfändet werden. Befinde sich der Schuldner im Allein- oder Mitbesitz, so habe die Vollstreckung durch Pfändung des Mitbesitzes zu erfolgen[102]; liege dagegen überhaupt kein Besitz auf seiten des Schuldners vor, müsse der Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes nach § 847 ZPO gepfändet werden.

Falkmanns Ansicht verdient keinen Beifall. Eine Pfändung nach § 808 ZPO erfordert Begründung des alleinigen Gewahrsams durch den Gerichtsvollzieher, Begründung des Mitbesitzes genügt nicht. Stehen Miteigentümer im Mitbesitz, so ist eine Pfändung des Miteigentümeranteils nach § 808 ZPO nur durchführbar, wenn der oder die Mitbesitzer,

---

97 Zust.: Schmitz, D. Wohn. A. 1935 S. 476; Staudinger 10. Aufl. § 559 Anm. 22.
98 Mithin Verwertung statt nach § 1277 BGB nach § 1228 BGB erfolgt.
99 S. A. 61, 482.
100 Stein-Jonas (16.) § 771, IIa.
101 Falkmann-Mugdahn, ZV. 1914 S. 703 ff, 705.
102 Falkmann meint hier offenbar Ergreifung des Mitbesitzes durch Pfändung.

die nicht zugleich Vollstreckungsschuldner sind, zustimmen[103]; diese sind dann zur Herausgabe bereit i. S. von § 809 ZPO[104]. Geben die Mitbesitzer nicht ihr Einverständnis, ist eine Pfändung nach § 808 ZPO unzulässig, da der Mitgewahrsam nicht verletzt werden darf[105].

Befindet sich der Schuldner im alleinigen Gewahrsam, ist eine Pfändung des Miteigentümeranteils nach § 808 ZPO zwar zulässig. Aber gewonnen ist damit nichts; den übrigen Miteigentümern steht, da ihnen in aller Regel mittelbarer Besitz verblieben ist, das Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO zu[106].

Weiter ist die Pfändung nach § 808 ZPO möglich, wenn der oder die Miteigentümer, die nicht zugleich Vollstreckungsschuldner sind, überhaupt einen Besitz an der Miteigentümersache nicht ausüben. Es ist auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes nach 847 ZPO gepfändet wird, sofern auf seiten des Schuldners weder Allein- noch Mitbesitz vorhanden ist. Aber die beiden letzteren Tatbestände sind doch absolute Ausnahmefälle. Sie rechtfertigen daher nicht — von Gründen der Zweckmäßigkeit ganz abgesehen — die Ansicht Falkmanns, ein Miteigentümeranteil müsse im Vollstreckungsrecht nach den Grundsätzen des § 808 ZPO gepfändet werden.

Es richtet sich bei Falkmann nach den jeweiligen Besitzverhältnissen, ob eine Pfändung Erfolg haben kann oder ob dieser gewahrt bleibt. Es ist daher der Ansicht des weitaus überwiegenden Teils der Literatur, die die Praxis auch nur anwendet, beizutreten, wonach in jedem Fall ein Miteigentümeranteil nach § 857 ZPO zu pfänden ist[107]. Hier liegt es bei allen Besitzmodalitäten klar und einfach.

Für das Gebiet der Zwangsvollstreckung handelt es sich demnach bei der Pfändung eines Miteigentümeranteils nicht um eine Vollstreckung in eine körperliche Sache, sondern um die Pfändung eines Rechts[108].

Pfändet deshalb ein anderer Gläubiger den Miteigentümeranteil des Mieters, so ist der Vermieter, dem das gesetzliche Pfandrecht an dem Anteil des Mieters zusteht[109]*, auf das Recht aus § 805 ZPO nur dann beschränkt, wenn diese Vorschrift auch auf Pfandrechte an Rechten Anwendung findet.*

---

[103] Baumbach 14. Aufl. § 808, 2. — Die hier gemeinte Zustimmung bezieht sich natürlich nur auf die Beeinträchtigung des Mitbesitzes, nicht auch auf die Vollstreckung in diejenigen Miteigentümeranteile, die nicht dem Vollstreckungsschuldner zustehen.

[104] Baumbach 14., § 808, 2.

[105] Stein-Jonas 15. Aufl. § 808 II 5; Sydow-Busch § 808, 1; OLG. Hbg. 16, 308; R. G. St. 25, 109; Nessel in Gruch. 28, 117/118, 130.

[106] RG JW 1921, 1246; Baumbach 14., § 771, 6; siehe auch unten S. 42, Anm. 151.

[107] Stein-Jonas 15., § 808 I, 857 II; Seuff.-Walsm. § 857, 1 b; Sydow-Busch § 857, 1; Baumbach 14., § 857, 2; Planck Vorb. 3 e ε zu § 1008; § 751, 2 a. Warn.-Komm. § 747, I, 2. Aufl.; Emmerich S. 58, 496; Hein ZV. S. 404; S. A. 49, 480; 61, 482.

[108] RG JW 1935, 1010 = RGZ. 146, 334 steht dem nicht entgegen. Dort wird nur gesagt, der Miteigentümeranteil sei als eingebrachte Sache i. S. des § 559 BGB und für das Gebiet des bürgerlichen Rechts (§ 1258 BGB) als Sachpfand anzusehen.

[109] Siber a. a. O. S. 29/30 meint, ein solches Pfandrecht sei gar nicht erst der Entstehung wert, weil es keinen Bestand haben könnte. Das wäre nur der Fall gewesen, wenn der Vermieter den Verbleib der Sachen auf seinem Grundstück und damit regelmäßig den Alleinbesitz des Schuldners erzwingen könnte. Dazu wäre er

2. *Analoge Anwendung des § 805 ZPO auf Rechte?*

Es ist ein Problem allgemeinen Inhalts, ob § 805 ZPO auch den Fall trifft, daß ein Recht gepfändet wird, an dem ein Pfandrecht eines anderen besteht, oder ob immer nur § 771 ZPO gilt, einerlei, ob der vorgehende Pfandgläubiger den Pfandgegenstand besitzt oder nicht.

Besitzt der vorgehende Pfandgläubiger das Recht, so hat das Problem keine praktische Bedeutung, weil eine Klage aus § 771 ZPO schon auf Besitz allein gestützt werden kann. Erst wenn er nicht besitzt, taucht dies Problem um § 805 ZPO auf.

Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten, daß § 805 ZPO hier eingreift[110]. Die analoge Anwendung des § 805 ZPO sei auf einen „Sachteilpfandgläubiger"[111] zutreffend, da dieser im allgemeinen wie ein Sachvollpfandgläubiger zu behandeln sei. Ihm seien als nicht besitzendem Pfandgläubiger weitergehende Rechte als einem Sachvollgläubiger nicht zuzubilligen, da die tasächlichen Verhältnisse fast ganz übereinstimmten.

Es mag widersinnig erscheinen, dem Vermieter in bezug auf eine Sache, die dem Mieter allein gehört, schwächere Rechte zu geben, als an einer Sache, die ihm nicht allein gehört. Die einleuchtende Wirkung dieses Satzes verliert aber schon an Bedeutung, wenn man sich klar macht, daß für das Gebiet der Zwangsvollstreckung der Sachteilspfandgläubiger gar nicht Pfandgläubiger an einer Sache, sondern an einem Recht ist; und das Recht, an dem das Pfandrecht besteht, gehört dem Mieter (Schuldner) allein. Aber deshalb könnte es doch noch gerechtfertigt sein, den vorstehenden nichtbesitzenden Pfandgläubiger an einem Recht dem nichtbesitzenden Sachpfandgläubiger gleichzustellen. So wird

---

aber auf Grund des Pfandrechts am Anteil nicht befugt, weil er nach § 1258 BGB hinsichtlich der Verwaltung der Sachen doch nur Gemeinschaftsrechte seines Schuldners ausüben könnte, die auf gemeinsame Verwaltung (§ 744, 1 BGB) und folglich nicht auf Alleinbesitz gehen. Die anderen Miteigentümer könnten also jederzeit Entfernung aus dem Alleinbesitz des Schuldners und damit vom Grundstück erzwingen. Hierdurch würde aber das am Anteil des Schuldners bestehende Pfandrecht nach § 560 BGB zum Erlöschen gebracht. — Diese Folgerung ist nicht richtig. Da in diesem Fall der Vermieter die Entfernung nicht hindern kann, braucht er auch nicht zu widersprechen (vgl. oben Text S. 12. § 560 BGB gilt in solchem Fall gar nicht. Trotz Entfernung bleibt deshalb das Vermieterpfandrecht am Anteil bestehen. Es ist also durchaus der Entstehung wert. — Dagegen ist Siber durchaus darin zuzustimmen, daß ein gesetzliches Pfandrecht am Gesamthandseigentümeranteil der einzelnen Sachen nicht entsteht. Jeder Verfügung über die Anteile an der einzelnen Sache ist ausgeschlossen (§§ 719, 1442, 2040 BGB). Wenn nicht einmal durch Parteiwillen eine Verpfändung bewirkt werden kann, so kann erst recht nicht ohne Rücksicht auf den Parteiwillen, also gesetzlich, eine dingliche Belastung des Anteils möglich sein. Das Gesetz kennt keine Bestimmung über das Gesamthandseigentum, die der des § 1258 BGB über das Miteigentum entspräche. Somit ist ein ges. Pfandrecht an Gesamthandseigentümeranteilen ausgeschlossen (vgl.: Siber a. a. O. S. 30).

110 Vgl.: Emmerich S. 60.

111 Der Ausdruck „Sachteilpfandgläubiger" paßt nur in bezug auf das bürgerliche Recht. Das Zwangsvollstreckungsrecht kennt grundsätzlich keinen Sachteilpfandgläubiger, sondern nur „Sachvollpfandgläubiger". Sachteilpfandgläubiger sind für das Gebiet der Zwangsvollstreckung Pfandgläubiger an einem Recht. Diese Divergenz zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht folgt aus § 808 ZPO. (Vgl. oben S. 30/31.

es einmal vom Reichsgericht (RGZ 87, 321) — allerdings ohne nähere Begründung — bei der Pfändung eines Rechts, das einen Besitz nicht zuläßt (Erbanteil), also eines anderen Gegenstandes als einer körperlichen Sache, für zweifelhaft erklärt, ob dem Berechtigten eines früher begründeten Vortragspfandrechts die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO zusteht oder ob er auf den Anspruch aus § 805 ZPO beschränkt ist[112]. Es kann indessen nicht zweifelhaft sein, welche Vorschrift anzuwenden ist. Der Wortlaut des § 805 ZPO beschränkt die Anwendung auf Sachen. Da § 805 ZPO eine Ausnahmevorschrift von § 771 ZPO ist, kann er nicht ausdehnend ausgelegt werden. Eine Ausnahmevorschrift ist immer eng auszulegen. Bei Pfandrechten an Rechten hat der vorgehende Pfandgläubiger deshalb stets das Widerspruchsrecht des § 771 ZPO, einerlei, ob er Besitz am Pfandobjekt hat oder nicht. Da § 805 ZPO sich auf die Pfändung beweglicher Sachen und auf den Fall, daß der Berechtigte die Pfandsachen nicht besitzt, beschränkt, so muß daraus gefolgert werden, daß sonst bei Pfändungen von Forderungen und anderen Rechten zum Schutze dieser Rechte Widerspruch gemäß § 771 ZPO erhoben werden kann[113]. Diesen Gedankengang hat auch das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung vertreten; denn in JW 02, 532[9] hat es entschieden, daß dem älteren Vertragspfandgläubiger eines GmbH.-Anteils die Widerspruchsklage gegen den Pfändungspfandgläubiger dieses Anteils zusteht.

3. Die schon jetzt möglichen Sicherheiten des nachfolgenden Gläubigers.

a) bei Pfandgegenständen, die durch Verkauf verwertet werden.

Als Regel gilt demnach: *Der Pfändungspfandgläubiger eines Rechtes*

---

112 Das eigentliche Problem, womit sich diese Entscheidung befaßte, war die Frage, ob das Pfandrecht an einem Erbanteil ein die Veräußerung hinderndes Recht darstellt. Das RG will in Bd. 87, 321 ff. auf den Einzelfall abstellen. Es bejaht das Widerspruchsrecht bei einem Pfandrecht an einem Recht nur dann, wenn „durch die Vollstreckung in dieses Recht selbst eingegriffen wird", wenn die Rechtsstellung des Pfandgläubigers „dadurch wesentlich berührt und beeinträchtigt wird (§§ 1227, 1004 BGB; § 771 ZPO)". Es ist aber unmöglich, in dem einen Falle zu bejahen, in dem anderen zu verneinen, daß das Pfandrecht an einem Recht ein die Veräußerung hinderndes Recht ist. Das Reichsgericht hätte entweder generell das besitzlose Pfandrecht an einem Recht als nicht unter § 771 ZPO fallend ansehen müssen, um dann darauf einzugehen, inwieweit § 805 ZPO dadurch berührt wird, oder aber es hätte die Eigenschaft eines die Veräußerung hindernden Rechts für jeden Fall bejahen müssen. Das Abzielen auf den Einzelfall ist eine Verkennung der rechtlichen Natur des § 771 ZPO (vgl.: Pagenstecher S. 654). Vgl.: Sydow-Busch (21.) § 805, 3.

113 Vgl.: Förster-Kann (3.) § 805, 5. Der Berechtigte hat es allerdings in der Hand, statt dessen nach § 805 ZPO vorzugehen, siehe oben S. 10. — Eine weitere Voraussetzung des § 805 ZPO ist es, daß es sich um eine durch Pfändung erfolgende Vollstreckung wegen einer Geldforderung handelt. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so steht dem älteren Pfandberechtigten immer Klage aus § 771 ZPO zu, auch wenn er sich nicht im Besitze der Sachen befindet. So kann z. B. der Vermieter gegen den Dritten nach § 771 vorgehen, wenn der Dritte die Zwangsvollstreckung betreibt zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen gemäß § 883 ZPO (Sydow-Busch § 771, 3; Stein-Jonas (15) § 771 Anm. 43; Förster-Kann (3.) § 805, 2a; OLG 35, 177). — Mit dem minderen Recht aus § 805 ZPO kann in diesem Fall nie vorgegangen werden, da § 805 im Gegensatz zu § 771 voraussetzt, daß wegen einer Geldforderung vollstreckt wird, sonst kann es ja auch nicht zu einem Erlös kommen, ohne den § 805 inhaltlos ist.

ist nie durch § 805 ZPO geschützt, da der vorgehende Pfandgläubiger stets nach § 771 ZPO widersprechen kann[114].

Der Dritte kann deshalb gegen den Willen des vorgehenden Pfandgläubigers nur folgendermaßen vorgehen: Er pfändet statt des Rechtes den Anspruch des Schuldners auf den Übererlös[115]. Dieser Anspruch ist aufschiebend bedingt durch ein Verhalten des Schuldners, daß er auch bis zum Verkauf des Rechts seine Schulden bei dem vorgehenden Pfandgläubiger nicht abdeckt. Aber dadurch ist der Pfändungspfandgläubiger nicht hinreichend gesichert. Zahlt nämlich der Schuldner freiwillig, so erlischt der aufschiebend bedingte Anspruch und damit das Pfandrecht hieran, weil dann definitiv feststeht, daß dieser Anspruch nicht mehr entstehen wird, das Pfandrecht auf Grund dieses Anspruchs nicht wird realisiert werden können[116]. Der Pfändungspfandgläubiger hat also keinerlei Vorzugsstellung mehr vor anderen Gläubigern[117]. Er kann dann allerdings das betreffende Recht pfänden; ist ihm aber hierin ein anderer zuvorgekommen, so geht er diesem nach[118]. Dieser geht ihm auch vor, wenn der vorgehende gesetzliche oder vertragliche Pfandgläubiger diesem zweiten Pfändungspfandgläubiger gegenüber sich mit dem Recht aus § 805 ZPO begnügt. Dann erwirbt nämlich der zweite Pfändungspfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Recht selbst[119]. Der Anspruch auf den Übererlös kommt nur zum Entstehen, wenn das gepfändete Recht verwertet wird durch Verkauf auf Grund des Rechts des vorgehenden Pfandgläubigers, nicht auf Grund der Pfändung eines anderen, der zur Zeit der Pfändung des ersten Pfändungspfandgläubigers noch gar nicht in Erscheinung getreten war, denn hierauf bezieht er sich nicht.

Die Pfändung des bedingten Anspruchs auf den Übererlös bietet mithin keine hinreichende Sicherheit für den Gläubiger.

b) bei Pfändungsgegenständen, die nicht durch Verkauf verwertet werden.

Wie liegen die Verhältnisse, wenn die Verwertung des gepfändeten Rechts n i c h t d u r c h V e r k a u f erfolgt?

---

114 Vgl.: Pagenstecher S. 648 VII.

115 Eine Pfändung des Herausgabeanspruchs gibt es bei Pfandrechten an Rechten nicht, vgl.: Pagenstecher S. 648 Note 39.

116 Der Rechtsgedanke des § 162 BGB kann hier keine Anwendung finden, weil es nie gegen Treu und Glauben verstößt, seine Schulden freiwillig zu bezahlen, auch dann nicht, wenn dadurch das Pfändungspfandrecht eines anderen am bedingten Anspruch auf Auszahlung des Übererlöses erlischt; vgl.: Pagenstecher S. 648 Note 38.

117 Pagenstecher S. 648.

118 Wegen der Entscheidungen, die vielleicht einen anderen Schluß zulassen (RG 90, 236; OLG 12, 366; KGZ 33 A 226), vgl.: Pagenstecher S. 648 Note 38, worin die herrschende Meinung überzeugend verteidigt wird.

119 Vgl.: Pagenstecher S. 648. — U. U. wird der 1. Pfandgläubiger an dem Recht dem Anspruchspfandgläubiger wegen Verletzung des gepfändeten Anspruchs auf den Übererlös schadensersatzpflichtig (§ 826 BGB). Vgl.: Emmerich S. 64. Beispiel: G, D_1 und D_2 haben eine Forderung von je 1000 RM. Der Erlös des gepfändeten Rechts ergibt 2000 RM. D_1 erhält dann nichts. Hätte G sich nicht mit dem Recht aus § 805 ZPO gegenüber D_2 begnügt, wäre D_1 voll befriedigt worden und D_2 dagegen leer ausgegangen. Begnügt sich G mit dem minderen Recht aus § 805 ZPO nur, um D_1 zu schädigen, kann § 826 BGB gegeben sein.

Ist eine Geldforderung verpfändet, so erfolgt gemäß § 1282 BGB die Verwertung durch Einziehung der Forderung seitens des Pfandgläubigers. Satz 2 dieser Vorschrift bestimmt nun, daß die Einziehung einer Geldforderung dem Pfandgläubiger nur insoweit zusteht, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Wie ist diese Bestimmung zu verstehen?

a) Soll sie bedeuten, daß der Pfandgläubiger bezüglich seiner Legitimation gegenüber dem Schuldner, die Forderung einzuziehen, auf einen seiner Forderung entsprechenden Teil der verpfändeten Forderung beschränkt ist, oder

b) ist dieser Satz dahin auszulegen, daß der Pfandgläubiger gegenüber dem Schuldner zwar in jedem Fall legitimiert ist, die ganze Forderung einzuziehen, jedoch gegenüber dem Gläubiger (Schuldner des Pfandgläubigers) verpflichtet ist, die Einziehung nicht weiter auszudehnen, als seine Forderung beträgt?

Die Ansicht unter a)[120] führt dazu, daß der Gläubiger die Zahlung des Schuldners an den Pfandgläubiger nicht anzuerkennen braucht, soweit der Pfandgläubiger mehr eingefordert hat, als ihm zustand. Die Forderung steht insoweit noch dem Gläubiger zu, sofern er nicht vom Pfandgläubiger den Mehrbetrag annimmt und damit die Einziehung dieses Betrages genehmigt[121]. Weiter kann hiernach der Schuldner dem Pfandgläubiger gegenüber einwenden, daß dessen Anspruch den Betrag nicht erreicht, den er einfordert. Erteilt der Gläubiger die Genehmigung nicht, so hat der Pfandgläubiger den Mehrbetrag als ungerechtfertigte Bereicherung an den Schuldner zurückzugeben[122].

Nach dieser Ansicht hat der Gläubiger (Schuldner i. S. der ZPO) nur einen aufschiebend bedingten Anspruch gegen den Pfandgläubiger auf Zahlung des Betrages, der dem Unterschied zwischen der Forderung des Pfandgläubigers und der Forderung des Gläubigers gleichkommt (Überschuß). Aufschiebend bedingt ist der Anspruch durch ein Verhalten des Pfandgläubigers einerseits und des Schuldners (Drittschuldner i. S. der ZPO) andererseits: nur wenn der Pfandgläubiger alles einfordert und der Schuldner alles zahlt, entsteht der Anspruch endgültig. Gegen den Schuldner (Gläubiger i. S. des BGB) hat er dagegen keinen Anspruch, der in diesem Augenblick pfändbar wäre.

Auch irgendein anderer Anspruch steht nach dieser Meinung dem Gläubiger (Schuldner i. S. der ZPO) nicht zu. Insbesondere läßt sich m. E. nicht sagen, der Gläubiger habe dadurch, daß der Pfandgläubiger nach Eintritt der Pfandreife die ganze Forderung einzieht, Miteigentum an den gezahlten Geldstücken (-scheinen) nach Verhältnis des Mehrbetrages erlangt. Der Pfandgläubiger ist wegen seiner beschränkten Einziehungsbefugnis nicht dazu legitimiert, diese Quote für den Gläubiger zu erwerben[123]. Die Begründung Plancks hierfür leuchtet ein, wenn er sagt: Gemäß § 1287 Satz 1 BGB falle diese Quote nicht auf den Gläubiger. Von den in dieser Vorschrift behandelten Fällen komme hier nur

120 Vertreten wird sie von RGRK (8.) § 1288, 2; Staudinger-Kober (9) § 1282, II 2a.
121 Vgl.: RGRK (8.) § 1288, 2.
122 Vgl.: Staudinger-Kober § 1288, 2b; Hbg. i. „Recht" 1922 Nr. 1567.
123 Vgl.: Planck (4.) § 1288, 2.

der des § 1282 BGB in Betracht. Dem § 1282 BGB gegenüber sei es aber gerade der Standpunkt der Meinung a), daß er nur von demjenigen Teil der verpfändeten Schuld handele, der der gesicherten Forderung entspreche. Deshalb beziehe sich der § 1287 BGB auch nur auf diesen Teil, da er Bestimmungen treffe über Leistungen, die gemäß § 1282 BGB erfolgten. Durch § 1287 BGB gelte für diesen Teil aber nicht das Surrogationsprinzip, sondern an dessen Stelle werde das Traditionsprinzip gesetzt (arg. § 1288 II BGB). Aus diesen Bestimmungen lasse sich somit überhaupt nichts darüber entnehmen, was aus der überschießenden Quote werde. Es bleibe nichts anderes übrig für die Meinung a), als die Quote beim Schuldner zu belassen; dann entfalle aber wieder die Befugnis des Pfandgläubigers, die er dem Verpfänder gegenüber habe, einseitig die Gemeinschaft aufzuteilen und sich den Betrag anzueignen, der seiner Forderung entspreche. —

Diese Meinung hat nicht nur den Nachteil, daß sie dem Gläubiger (Verpfänder, Schuldner i. S. der ZPO) auch nach der Zahlung des Schuldners an den Pfandgläubiger überhaupt keinen dinglichen Anspruch verschafft, sondern ist darüber hinaus auch unbillig gegen den Schuldner. Der Schuldner kann hierdurch in die Lage kommen, zweimal zu zahlen, da er dem Pfandgläubiger auf die Gefahr zahlen würde, daß dieser mehr fordert, als ihm zusteht[124]. Selbst wenn er erst auf Grund eines Urteils gezahlt hat, würde ihn dies vor Schaden nicht bewahren; denn dem Gläubiger gegenüber erwirkt dieses Urteil nicht Rechtskraft[125]. Und selbst wenn die Höhe der pfandgesicherten Forderung, die dem Pfandgläubiger zusteht, dem Schuldner bekannt ist, so würde die Meinung a) dem Grundsatz des bürgerlichen Rechts widersprechen, wonach der Schuldner sich nicht darauf einzulassen braucht, die Forderung in Teilleistungen zu erfüllen[126].

Schon deshalb ist der Meinung b)[127] der Vorzug zu geben. Wenn eine Bestimmung zu Zweifeln Anlaß gibt, so ist die Auslegung die bessere, die praktisch unerwünschte Ergebnisse nach Möglichkeit ausschließt, die gegenüber der anderen Auslegung als die gangbarere bezeichnet werden muß. Gangbarer ist die Meinung b) schon deshalb, weil sie einheitliche Ergebnisse nach allen Richtungen hin zuläßt. Einmal wird durch sie nicht der Grundsatz, daß der ganze gepfändete Gegenstand ungeteilt erfaßt werden muß, zerrissen, da die Einziehungsbefugnis mit Wirkung gegenüber dem Schuldner sich ebensoweit erstreckt wie das Pfandrecht für sich allein genommen. Zum anderen ist der allgemein anerkannte Satz[128], daß der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Forderung im Konkurse des Schuldners zur vollen Höhe anmelden kann, nur zu rechtfertigen, wenn der Gläubiger trotz des Wortlauts des § 1282 I Satz 2 BGB legitimiert ist,

---

124 Der gute Glaube nützt hier nichts; anders bei Sachen, §§ 1244 (1243, 1230[2]) BGB.

125 Vgl.: Planck (4.) § 1282, 1b.

126 Vgl.: Planck (4.) § 1288, 2.

127 Planck (4.) § 1282, 1b; 1288, 2 vertritt vor allem diese Ansicht.

128 Vgl.: Planck (4.) § 1282, 1b; Jaeger KO Komm. (6/7), § 67 Anm. 9; RGRK (8) § 1282, 1.

die ganze Forderung einzuziehen[129]. Außerdem vermeidet man durch diese Auslegung eine Schlechterstellung des Schuldners durch die Verpfändung. Wäre die Forderung nicht nur verpfändet, sondern abgetreten, so wäre der Schuldner dem neuen Gläubiger, dem wahren Berechtigten, gegenüber geschützt, wenn er gutgläubig an den alten Gläubiger zahlt (§ 407 BGB). Der Grundsatz, daß sich durch Verfügungen des Altgläubigers die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtern darf, muß auch gelten, wenn der Gläubiger die Forderung verpfändet. Das muß sich bei der Verpfändung aber dahin auswirken, daß der Schuldner n a c h der Pfandreife mit befreiender Wirkung gegenüber dem Verpfänder (Gläubiger) an den Pfandgläubiger zahlen kann. Es ist ihm dabei nicht zuzumuten, die Gefahr dafür zu tragen, daß der Pfandgläubgier auch nicht mehr fordert, als seine Forderung gegen den Gläubiger ausmacht. — Die Meinung b) verhindert auch, daß der Schuldner gezwungen wird, in Teilbeträgen zu erfüllen.

Der Meinung b) ist vollends beizutreten, wenn man sich einmal die entsprechende Lage bem Sachpfandrecht vergewissert. Nach § 1247 BGB gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt, soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes. Wenn der Erlös dem Pfandgläubiger nur teilweise gebührt, so fällt das Geld, das der Käufer dem Pfandgläubiger zahlt, nicht in das Alleineigentum des letzteren, sondern wird Miteigentum des Pfandgläubigers und des Pfandeigentümers (Schuldner i. S. der ZPO) nach dem Verhältnis des Betrages, der dem Pfandgläubiger gebührt, zu dem Gesamterlös. Der Pfandgläubiger wird allerdings die Gemeinschaft durch Teilung in Natur vornehmen (§ 752 BGB), so daß er praktisch dadurch Alleineigentümer des ihm gebührenden Betrages wird[130], während der Pfandeigentümer Eigentümer des Überschusses wird[131].

Nach § 1247 BGB ist es also ganz etwas natürliches, daß der Pfandgläubiger den g a n z e n Kaufpreis entgegennimmt. Es sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, weshalb nicht dasselbe gelten soll, wenn eine Forderung statt einer Sache verpfändet wird[132]. Der Pfandgläubiger ist mithin legitimiert, die g a n z e Forderung einzuziehen. Kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 1288 II BGB erwirbt er aber das Alleineigentum nur in Höhe seiner Forderung, für den Überschuß gilt zugunsten des Gläubigers das Surrogationsprinzip, wie es § 1247 BGB aufstellt. Der Gläubiger wird also Eigentümer des Überschusses[133], oder aber er hat einen obligatorischen Bereicherungsanspruch gegen den Pfandgläubiger, falls dieser durch Vermischung Alleineigentümer wird (§§ 948, 947 BGB),

---

129 Planck 4 § 1282, 1b weist im übrigen mit Recht darauf hin, daß Satz 2 seinem Wortlaute nach auch so verstanden werden kann, daß er lediglich das Rechtsverhältnis des Pfandgläubigers zum Gläubiger im Auge habe, wie auch Satz 3 nur dieses Rechtsverhältnis behandle.

130 Vgl.: Planck 4 § 1247, 3a; M. Wolff L. 1929 § 166 VII 2a.

131 Sofern nicht zutrifft, was vor Bem. 134 S. 38 gesagt ist.

132 Vgl.: Planck 4 § 1288, 2.

133 Vgl.: Planck 4 § 1288, 2.

was allerdings nur der Fall ist, wenn bei der Geldvermengung eine der Massen als Hauptsache anzusehen ist[134].

Diese Ansprüche, die gegen den Pfandgläubiger gehen, sind auch aufschiebend bedingt insofern, als ihre endgültige Entstehung davon abhängt, daß der Pfandgläubiger alles einfordert und der Schuldner alles zahlt.

Diese Ansprüche können von anderen Gläubigern des Schuldners (i. S. der ZPO, Gläubiger i. S. des BGB) vor der Realisierung des Pfandrechts des Pfandgläubigers gemäß § 857, § 1829 ZPO gepfändet werden.

Sicheren Wert hat die Pfändung dieser Ansprüche nach geltendem Recht aber nicht. Fordert nämlich der Pfandgläubiger nicht alles ein, und zahlt der Schuldner (Drittschuldner i. S. der ZPO) nicht die ganze Forderung an diesen, so tritt die Bedingung nicht ein, was damit definitiv feststeht. In diesem Fall behält der Gläubiger den unmittelbaren, unbedingten Anspruch auf den Überschuß gegen den Schuldner. Dieser Anspruch kann aber vor der Befriedigung des Pfandgläubigers nicht gepfändet werden, da auch er unter das Pfandrecht des Pfandgläubigers fällt. Erst wenn der Pfandgläubiger befriedigt ist, sofern der Schuldner den Überschuß nicht auch an ihn gezahlt hat, könnte dieser Betrag gepfändet werden. Hierin könnten dem pfändenden Gläubiger aber andere Gläubiger zuvorkommen; denn durch die Pfändung des aufschiebend bedingten Anspruchs auf den Überschuß hat er keinen Rang gewahrt, wenn dieser Anspruch gar nicht entsteht.

Die Unsicherheit des Pfändungspfandgläubigers ist also in den Fällen, wo die Verwertung des gepfändeten Rechts nicht durch Verkauf erfolgt, die gleiche, wie wenn eine Verwertung durch Verkauf stattfindet[135].

Die Erörterungen über Pfandrechte an Rechten und ihre Einwirkung auf § 805 ZPO mögen damit abgeschlossen sein. —

V. § 805 ZPO und die Sicherungsübereignung.

Da § 805 ZPO die Rechtsstellung des besitzlosen Pfandgläubigers in der Zwangsvollstreckung behandelt, so ist damit zugleich die Frage aufgeworfen, ob auch dasjenige Institut, welches das Bedürfnis des Verkehrs herausgebildet hat, und das dem Pfandrecht wirtschaftlich so nahe verwandt ist, nämlich das Sicherungseigentum, ein die Veräußerung hinderndes Recht ist, oder ob es dem keinen Besitz vermittelnden Pfandrecht, das es ersetzen soll, gleichzustellen ist, und ob diesem Recht durch § 805 ZPO insoweit ausreichend geholfen wird. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Schrifttum heiß umstritten.

---

[134] Anderenfalls tritt Miteigentum nach Wertverhältnis ein; vgl.: M. Wolff L. 1929 § 72 III 3.

[135] M. E. kann also der Ansicht Pagenstechers a. a. O. S. 648 nicht beigetreten werden, wenn er sagt, es fehle bei der Pfändung einer Geldforderung jede Möglichkeit. schon vor der Befriedigung des vorgehenden (gesetzl. oder vertragl.) Pfandgläubigers in irgendeiner Form ein Vorzugsrecht an denjenigen Betrag zu erwerben, dessen der Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung nicht bedarf. Dieses ist nur der Fall, wenn man der Ansicht folgt, der Pfandgläubiger sei nur berechtigt einen seiner Forderung entsprechenden Teil einzuziehen (siehe oben S. 35 ff.).

Auf der einen Seite[136] wird erklärt, die Sicherungsübereignung verschaffe kein wahres Eigentum, sondern nur ein Pfandrecht. Im Grunde genommen sei sie nur ein Scheingeschäft, man habe auf diesem Umwege zu der vom BGB nicht zugelassenen Mobiliarhypothek gelangen wollen. Da man einerseits dem praktischen Bedürfnis nach diesem Pfandrecht nachkommen mußte, andererseits mit dem Gesetz nicht in Widerspruch geraten durfte, habe man diese Pfandrechtsbestellung in die Form einer Eigentumsübertragung (§ 930 BGB) gekleidet. Eine Pfandrechtsbestellung in der Form der Eigentumsübertragung könne aber wirtschaftlich nicht als Eigentum betrachtet werden. Wirtschaftlich gesehen, gehöre der betreffende Gegenstand nach wie vor zum Vermögen des Sicherungsgebers. Für das Vollstreckungsrecht und damit für das Widerspruchsrecht des § 771 ZPO könne aber nur die Vermögenszugehörigkeit entscheidend sein[137]. Das Sicherungseigentum falle mithin bezüglich der Rechte des Sicherungsnehmers nicht unter § 771 ZPO, sondern unter § 805 ZPO[138].

Die alleinige Maßgeblichkeit der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit für das Vollstreckungsrecht gehe schon daraus hervor, daß unbestritten beim treuhänderischen Eigentum, bei der Inkassozession, der Treu g e b e r intervenieren könne, wenn das Treugut bei dem Treuhänder gepfändet werde[139]. Des weiteren werde das Sicherungseigentum auch schon in einem anderen Gebiet des Vollstreckungsrechtes, nämlich der Generalexekution, wie ein Pfandrecht behandelt. Im Konkurse gewähre das Sicherungseigentum unbestritten kein Aussonderungsrecht, sondern nur Absonderungsrechte[140]. Es seien keine zwingenden Gründe ersichtlich, aus denen hervorgehe, daß im Falle der Einzelvollstreckung anders zu verfahren sei. Nicht nur der Grundsatz der wirtschaftlichen Maßgeblichkeit für das Vollstreckungsrecht entscheide also zugunsten des § 805 ZPO, sondern auch die im Interesse der Rechtssicherheit notwendige Einheit der Rechtsprechung zwischen ordentlichen und Finanzgerichten, Konkurs und Zwangsvollstreckung[141].

Die andere, als herrschend zu bezeichnende Meinung steht dagegen auf dem Standpunkt, daß bei der Sicherungsübereignung der Sicherungsn e h m e r s t e t s widerspruchsberechtigt nach § 771 ZPO ist[142]. Sie verneint also die Anwendbarkeit des § 805 ZPO für das Gebiet der Sicherungsübereignung schlechthin, sofern nicht der Sicherungsnehmer sich mit dem minderen Recht aus § 805 ZPO zufriedengibt.

Die zahlreichen Vertreter dieser Ansicht führen aus, daß das Institut der Sicherungsübereignung zwar geschaffen sei, um damit das Verbot der Mobiliarhypothek wirkungslos zu machen. Diese Umgehung, die

136 Vgl.: Baumbach 14., § 771, 6; RFH 19, 126; Königsberg JW 28, 243; Wolff in JW 30, 1473; Schwister in JW 31, 1163 u. a.

137 Vgl.: JW 30, 1473.

138 Baumbach 14 § 771, 6; RFH 19, 126.

139 Vgl.: Baumbach 14. § 771, 6; SA 71, 38; RG 71, 38; RG 79, 121, 133, 87; JW 32, 72; Breslau in JW 26, 848; Stein-Jonas 16. § 771 Note 34; JW 31, 1163.

140 Vgl.: RG 91, 15; 118, 209; Jaeger 6/7. § 48 Anm. 13.

141 Vgl.: JW 31, 1163.

142 RG 124, 73; KG 28, 2370; JW 27, 717 (Danzig); München JW 28, 244; JW 28, 2158 (Frankfurt); Weigert in JW 28, 63; Stein-Jonas 16. § 771 II 1a.

allerdings nicht nötig gewesen wäre, wenn das keinen Besitz vermittelnde Pfandrecht dem BGB nicht fremd wäre, könne aber nicht dazu führen, daß man das Sicherungseigentum überall rechtlich nur wie ein Pfandrecht behandle. Denn dadurch, daß das BGB die Möglichkeit einer Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut zulasse, habe es selber den Weg gewiesen, wie man wirtschaftlich durch eine Eigentumsübertragung mit schuldrechlichen Bindungen im Innenverhältnis oder durch Hinzufügen einer auflösenden Bedingung dasselbe erreichen könne wie durch ein Pfandrecht.

Ich stimme dieser Ansicht zu. Selbst wenn es eine Mobiliarhypothek, ein besitzloses Pfandrecht geben würde, könnte man m. E. demjenigen, der Sicherheiten wünscht, nicht verwehren, eine Sicherungsübereignung zu verlangen[143]. Deshalb kann auch daraus, daß es ein vertraglich begründetes Pfandrecht ohne Besitzvermittlung nicht gibt, nicht geschlossen werden, daß es in jeder Beziehung an dessen Stelle tritt. Beide sind rechtlich voneinander verschiedene Institute. Durch § 930 BGB ist eben der Weg eröffnet, um durch eine Eigentumsübertragung zu demselben Ziele zu gelangen wie wirtschaftlich durch eine Pfandrechtsbestellung[144]. Man muß deshalb aber rechtlich die Sicherungsübereignung als eine vom Pfandrecht verschiedene Rechtsform anerkennen[145].

Die Vertreter dieser Ansicht erklären weiter, daß auch die unterschiedliche Behandlung des Sicherungseigentums im Konkurs nicht rechtfertige, daß in der Zwangsvollstreckung, der Singularexekution, genau so verfahren werde. Die Eigenarten des Konkurses, wonach der persönliche Gläubiger seine Forderung anmelden und der Eigentümer einer Sache, die sich in der Masse befinde, am Konkursverfahren überhaupt nicht teilnehme, sondern seine Sache aussondere, hätten im Interesse der Billigkeit dazu geführt, daß man den Sicherungseigentümer wie einen Pfandgläubiger behandle, ihm mithin nur ein Absonderungsrecht zustehe. Damit sei vermieden worden, daß der Sicherungseigentümer, der ja zugleich persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners sei, auf der einen Seite die Sache aussondere, daneben aber noch seine Forderung anmelden könne[146]. Eine derartige Rechtslage könne sich bei der Singularexekution aber nicht ergeben.

Dieser Ansicht, daß das Sicherungseigentum immer das Widerspruchsrecht des § 771 ZPO erzeugt, ist beizutreten, weil die Argumente der herrschenden Meinung mehr überzeugen als das Hauptargument der Gegenansicht, das auf die wirtschaftliche Gleichheit abstellt und darauf, daß in anderen Rechtsgebieten das Sicherungseigentum nur noch als

---

143 Andernfalls müßte man m. E. die Sicherungsübereignung als eine bewußte Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek ansehen, sie dann aber auch als nichtig ansehen. (§ 134 BGB.)

144 Durch die Sicherungsübereignung wird volles Eigentum übertragen, was daraus hervorgeht, daß der Sicherungsnehmer ohne Rücksicht auf die Bindungen im Innenverhältnis und ohne daß es auf den guten Glauben des Erwerbers ankommt, die Sache gültig an einen anderen weiter übertragen kann; vgl.: München JW 28, 244.

145 Vgl.: Stein-Jonas 16. § 771, II 1a.

146 Vgl. Frankfurt JW 28, 2158.

Pfandrecht anerkannt ist. Aber liegen die Verhältnisse tatsächlich wirtschaftlich völlig gleich, ist die Singularexekution in dieser Hinsicht dem Konkurs gleichzustellen? M. E. ist das insbesondere aus folgenden Gründen nicht der Fall:

1. Durch die Sicherungsübereignung soll gerade erstrebt werden, daß der Sicherungsnehmer die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers des Sicherungsgebers für unzulässig erklären lassen kann. Sie bezweckt eine größtmöglichste Sicherstellung des Erwerbers. Dies würde jedoch dann nicht der Fall sein, wenn der andere Gläubiger trotz des Sicherungseigentums die Zwangsvollstreckung betreiben könnte[147].
2. Mit Recht weist Weigert in JW 28, 63 darauf hin, daß es verfehlt wäre, auch bei der Einzelvollstreckung bloße Vorzugsbefriedigung zu gewähren, wie es im Konkurs dagegen der Fall sei. Der Hauptunterschied zeige sich bei langfristigem Kredit. Die Intervention erhalte den Schuldner im Besitze, während beim Verfahren nach § 805 ZPO auf die Fälligkeit keine Rücksicht genommen werde. Im Konkursfalle trete dagegen die vorzeitige Fälligkeit ohnehin ein (§ 65 KO), so daß es praktisch einen minder großen Unterschied mache, ob der gesicherte Gläubiger aus- oder absonderungsberechtigt sei.
3. Desgleichen liegen die Verhältnisse zwischen dem Sicherungseigentum einerseits und dem reinen fiduziarischen Treugut und der Inkassozession andererseits nicht gleich. In den beiden letzten Fällen steht allerdings dem Nehmer kein Widerspruchsrecht zu. Der wirtschaftliche Zweck dieses treuhänderischen Rechtsgeschäfts gipfelt auch gar nicht in der Sicherstellung des Vertragsgegners wegen einer Forderung, sondern dieser soll das betreffende Recht nur verwalten oder verwerten, bestimmte Verbindlichkeiten des Treugebers abwickeln. So soll z. B. der Inkassozessionar nur die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des Zedenten einziehen, vielleicht wegen seiner besonderen Erfahrung hierbei oder weil der Inkassozedent im Hintergrunde bleiben will. Die Vertreter der gegnerischen Ansicht, die immer mit der wirtschaftlichen Gleichheit argumentieren, machen m. E. hier einen logischen Fehler, wenn sie die Behandlung der Inkassozession im Vollstreckungsrecht zur Stützung ihrer Meinung bei der Sicherungsübereignung anführen. Inkassozession usw. und Sicherungsübereignung verfolgen einen völlig verschiedenen Zweck[148].
4. Selbst wenn man Grund 1 nicht gelten lassen will und das Sicherungseigentum nur als ein reines Pfandrecht betrachtet, ist m. E. der Sicherungsnehmer aber trotzdem widerspruchsberechtigt nach § 771 ZPO. Denn das Pfandrecht ist ein die Veräußerung hinderndes Recht, wenn der Pfandberechtigte besitzt, sei es unmittelbar oder mittelbar[149]. Schon auf Grund des Besitzes steht ihm dann das Recht aus § 771 ZPO zu. Der Sicherungsgläubiger, dem die Sache nach § 930

147 Vgl.: Danzig JW 27, 717.
148 Ähnlich: Stein-Jonas 16. § 771, II 1a.
149 Vgl.: Seuff.-Walsm. 1933, § 771, 2c; wohl auch Förster-Kann 1926 § 771, 3 g.

BGB übereignet worden ist, hat aber damit mittelbaren Besitz (§ 868 BGB). „Er braucht sich also selbst dann, wenn das ihm zustehende Recht wirtschaftlich einem Pfandrecht gleichgeachtet werden sollte, mit einer vorzugsweisen Befriedigung nicht abfinden zu lassen[150]." Man könnte das Recht aus § 771 ZPO nur leugnen, wenn man:

a) das Vorhandensein eines mittelbaren Besitzes abstreitet, mithin die Sicherungsübereignung wie ein Pfandrecht ohne Besitz behandelt. M. E. würde diese Meinung aber den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen nicht gerecht, da unbestreitbar ein Rechtsverhältnis vorhanden ist, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt hat; oder

b) man müßte sich auf den Standpunkt stellen, wonach in allen Fällen, wo nur mittelbarer Besitz vorliegt, § 771 ZPO auf Grund des Besitzes nicht anwendbar ist. Diese Ansicht stände aber in Widerspruch zur Rechtsprechung des RG, wonach mittelbarer Besitz zur Anwendung des § 771 ZPO genügt[151].

M. E. ist das durch Sicherungsübereignung verschaffte Eigentum wirtschaftlich nicht das gleiche wie ein Pfandrecht. Deshalb steht nach geltendem Recht dem Sicherungseigentümer auch das Widerspruchsrecht zu, wenn dem Veräußerer die Sache abhanden kommt und der Erwerber dadurch besitzlos wird. Das Sicherungseigentum ist dem Pfandrecht wirtschaftlich nur stark verwandt.

Als Regel gilt demnach: *Nach geltendem Recht fällt das Sicherungseigentum immer unter § 771 ZPO und nie gegen den Willen des Erwerbers unter § 805 ZPO.*

Dagegen kann es de lege ferenda wegen der nahen wirtschaftlichen Verwandtschaft gerechtfertigt sein, das Sicherungseigentum für das Vollstreckungsrecht dem Pfandrecht gleichzustellen[152].

VI. § 805 ZPO und der Eigentumsvorbehalt.

Was allgemein gesprochen die Sicherungsübereignung für den Kreditgeber ist, bedeutet der Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB) für den Lieferanten. Beide Rechtsinstitute dienen der Sicherung einer Forderung, insofern sind sie miteinander verwandt[153]. Der Eigentumsvorbehalt bewirkt, daß der Verkäufer Eigentümer bleibt, solange nicht der Kaufpreis gezahlt ist. Der Käufer ist bis dahin noch kein Eigentümer. Er hat nur eine Anwartschaft, aus dem das Vollrecht des Eigentums erst dann wird, wenn die aufschiebende Bedingung der restlosen Zahlung eingetreten ist[154]. Praktisch gesehen erhält der Käufer wirtschaftlich dieselbe

150 So wörtlich KG in JW 28, 2372.

151 Vgl.: RG JW 21, 1246; Baumbach 14, § 771, 6.

152 Näheres hierzu s. unten S. 73 ff.

153 Vgl.: RGRK 8. § 455, 1. Die Verwandtschaft zeigt auch ein vom RG entschiedener Fall (Warn. 28, 245), wonach eine nachträgliche Vereinbarung zwischen dem früheren und dem neuen Eigentümer über einen Eigentumsvorbehalt die Bedeutung haben kann, daß der frühere Eigentümer den mittelbaren Besitz erlangt zum Zwecke einer Sicherung; dann kann in solcher nachträglichen Eigt.-Verfügung eine Sicherungsübereignung gefunden werden. (Zust.: RGRK 8. § 455, 1.)

154 Vgl.: RGRK 8. § 455, 1; Staudinger-Kober 9. § 455 II 5.

Stellung wie ein Eigentümer, er besitzt und benutzt den Gegenstand. Rechtlich bleibt der Verkäufer aber Eigentümer. Wie bei der Sicherungsübereignung, so fällt auch hier die tasächliche wirtschaftliche Nutzung und das Eigentum auseinander. Aber entgegen der Beurteilung bei der Sicherungsübereignung ist es bei dem Eigentumsvorbehalt nicht streitig, daß dem Verkäufer das Widerspruchsrecht gegen den Dritten zusteht, wenn dieser die Sache bei dem Käufer pfändet. Das Interventionsrecht wird ihm eben verliehen kraft seines Eigentums[155]. — Die herrschende Lehre behandelt mithin für das Gebiet des Vollstreckungsrechtes die Sicherungsübereignung und den Eigentumsvorbehalt völlig gleich; in beiden Fällen kann gegen den Pfändungspfandgläubiger stets nach § 771 ZPO vorgegangen werden. *Nach geltendem Recht ist § 805 ZPO gegen den Willen des Verkäufers bei dem Eigentumsvorbehalt nicht anwendbar.*

VII. Der rein prozessuale Charakter des § 805 ZPO.

Zum Schluß des ersten Abschnitts mag noch folgende Streitfrage um § 805 ZPO kurz erörtert werden, die auftaucht, wenn der Pfandgläubiger es unterläßt Klage nach § 805 ZPO zu erheben, oder wenn er dies zwar getan hat, das in Streit befindliche Pfandstück aber trotzdem vor dem Urteil versteigert wird. Hatte der Pfandgläubiger bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung unstreitig einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös, so ist es dagegen streitig, ob nach Beendigung der Zwangsvollstreckung dem Pfandgläubiger gegen den Gläubiger, der die Versteigerung betrieben hat, ein Anspruch auf Herausgabe des Erlöses in der Höhe zusteht, wie seine Pfandforderung gegen den Schuldner ausmacht, unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung[156].

M. E. ist es nicht richtig, wenn Emmerich[157] sagt, der Pfandgläubiger könne auf dem Umwege über die bürgerlichrechtliche Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht mehr in den Genuß des Erlöses kommen, wenn er es verabsäumt hat, die Klage aus § 805 ZPO überhaupt oder rechtzeitig genug zu erheben.

Durch das Pfändungspfandrecht erlangt der Gläubiger zwar ein Recht über die Sache verfügen zu dürfen, und es ist auch richtig, daß der Pfändungspfandgläubiger den Erlös auf Grund des § 819 ZPO zu Eigentum erwirbt. Aber dadurch, daß dies vom vorgehenden Pfandgläubiger nicht verhindert wird, ist durch § 819 ZPO noch nicht materiell entschieden worden, ob eine unanfechtbare, rechtswirksame Zahlung vorliegt, ob also der Pfändungspfandgläubiger den ganzen Erlös behalten darf[158]. Vielmehr darf er vom Erlös nur soviel behalten, wie ihm ge-

155 Im Konkurs fällt der Eigentumsvorbehalt entweder unter § 17 KO (RG 64, 204; 140, 226; Staudinger-Kober 9. § 455 IV a), oder aber er gewährt — falls der Konkursverwalter eine Erfüllung des Vertrages nicht will — ein Aussonderungsrecht (Jaeger 6/7. § 43 Anm. 17). Der E. V. wird also auch im Konkurs wie volles Eigentum behandelt.

156 Vgl.: Stein-Jonas 15. § 805 IV 5 mit Nachweisen der verschiedenen Ansichten; RG 119, 269.

157 S. 454; Hellwig-Oertmann Syst. 2, 397, 399; Sinsheimer in LZ 1915, 887.

158 Vgl.: OLG 2, 252; RG 40, 291.

bührt. Ihm gebührt aber nur, was nach der vorzugsweisen Befriedigung des Pfandgläubigers übrig geblieben wäre[159]. Trotz Beendigung der Zwangsvollstreckung ist dem Pfändungspfandgläubiger eine vollwirksame und endgültige Befriedigung noch nicht gewährt. Der Erlös dient auch weiterhin in erster Linie der Befriedigung des Pfandgläubigers, dessen Pfandrecht an der Sache zwar untergegangen ist, an dessen Stelle aber ein Pfandrecht am Erlös getreten ist. (§ 1247 BGB.)

§ 805 ZPO hat mithin nur prozeßrechtlichen Charakter, keine nachteiligen Folgen in bezug auf materiellrechtliche Ansprüche. Diese Auslegung entspricht dem ganzen Aufbau der ZPO. Ihre Vorschriften greifen nur unter gewissen Voraussetzungen in sachliche Rechte ein, nämlich nur dann, wenn es ausdrücklich bestimmt ist[160]. § 805 ZPO enthält aber nichts darüber, daß etwa durch Versäumung der Klage jeder fernere Anspruch beseitigt ist[161]. — Aus der Unterlassung der Klage nach § 805 ZPO kann zu Lasten des vorgehenden Pfandgläubigers nicht geschlossen werden, daß er dadurch stillschweigend auf alle weiteren Ansprüche verzichtet hat. Das folgt daraus, daß auch in dem Falle, wo der Pfandgläubiger nach § 805 ZPO vorgegangen ist, dies Klagebegehren als erledigt anzusehen ist, wenn während des Prozesses der Vollstreckungserlös an den Gläubiger abgeführt worden ist[162]. Hier liegt es auf der Hand, daß von einem Verzicht nicht gesprochen werden kann. Hat man aber trotz Erhebung der Klage nach § 805 ZPO die Auskehrung des Erlöses an den Gläubiger nicht hindern können, dann liegen die Verhältnisse nach geltendem Recht nicht anders, wie wenn überhaupt nicht geklagt worden wäre. Es steht im Belieben des Pfandgläubigers, ob er die Beendigung der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger zulassen will, um dann gegen ihn nach § 812 BGB vorzugehen, oder ob er aus Sicherheitsgründen den Erlös gar nicht erst in die Hände des Gläubigers gelangen lassen will und mit Nachdruck den Weg des § 805 ZPO verfolgt[163].

Die Voraussetzungen des § 812 BGB sind jedenfalls gegeben[164]. Durch Überweisung seitens des Gerichtsvollziehers („in sonstiger Weise") erlangt der Pfändungspfandgläubiger den Erlös auf Kosten des vorgehenden Pfandgläubigers, da diesem ein besseres Recht am Erlös zusteht, weil der Erlös an die Stelle der Sache getreten ist. Der Mangel des rechtlichen Grundes ist darin zu erblicken, daß der Pfändungspfandgläubiger mit seinem Pfandrecht demjenigen des Pfandgläubigers nachgeht. Der durch § 819 ZPO formell wirksame Eigentumsübergang des Erlöses auf den

159 Vgl.: OLG 3, 357.

160 Z. B. § 878[2] ZPO in Verbindung mit §§ 873, 875, 877 ZPO. Hiernach ist mit weiteren Ansprüchen nur ausgeschlossen, wer aufgefordert und zum Verteilungstermin geladen, aber nicht erschienen ist oder keinen Widerspruch erhoben hat.

161 Vgl.: Staudinger-Kiefersauer 10. § 563 I 3; Planck 43 § 563.

162 Vgl.: Förster-Kann 3. § 805 2b, 3. Nach § 268 ZPO ist er dann allerdings befugt, die Klage zu ändern auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung; u. U. kann auch ein Anspruch aus § 823 BGB gegeben sein.

163 Vgl.: RG 13, 180.

164 Es soll hier nicht näher darauf eingegangen werden, ob die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung auf § 812 BGB oder auf § 816 BGB zu stützen ist, da dieser Streit am Ergebnis nichts ändert. Vgl.: einerseits Stein-Jonas 15. § 815, IV 5; andererseits Brückner in „Recht" 1905, 181 und OLG 19, 153.

Pfändungspfandgläubiger und die dadurch hervorgerufene unmittelbare Vermögensverschiebung findet ihren Ausgleich durch den Bereicherungsanspruch des Pfandgläubigers[165].

Unerfreulich ist es nach geltendem Recht, daß der Pfandgläubiger es völlig in der Hand hat unter Übergehung seines Rechtes aus § 805 ZPO jederzeit nachträglich durch Austragung seines Bereicherungsanspruches im Prozeßwege dem Pfändungspfandgläubiger Unruhe zu bereiten. Um dies tunlichst zu vermeiden, bedarf es m. E. einer Gesetzesänderung und zwar selbst dann, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, schon die heutige Fassung des § 805 ZPO lasse einen Bereicherungsanspruch nicht zu; denn die herrschende Meinung geht nun einmal davon aus, daß dieser Anspruch besteht. Mit Recht führt Pagenstecher[166] aus, daß, wenn die Frage aufgeworfen werde, ob das geltende Recht zu ändern sei, man bei Auslegung dieses Rechts stets die herrschende Meinung zugrunde legen müsse; führe die herrschende Meinung zu unerfreulichen Ergebnissen, so müsse der Wortlaut auch dann geändert werden, wenn dieses Ergebnis nur auf der irrigen Auslegung beruhe, die die herrschende Meinung dem Gesetz zuteil werden lasse[167].

§ 2.

Zusammenfassung.

§ 1 des ersten Abschnittes hat gezeigt, daß die geltende Fassung des § 805 ZPO zu auffallenden Folgen führt, die zusammenfassend lauten:

1. Der besitzende Pfandgläubiger hat stets das Widerspruchsrecht (S. 24), der nichtbesitzende Pfandgläubiger an einer Sache nie. Das gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Besitz abhanden gekommen ist. (S. 10 Note 6.) Ist dieser große Unterschied auch weiterhin berechtigt?

2. Durch die bloße Pfändung eines anderen wird der besitzlose Pfandgläubiger in seinen Rechten stark beeinträchtigt. So hat z. B. der Vermieter das ihm bis dahin zustehende bürgerliche Verkaufsrecht nach §§ 1233 ff. BGB eingebüßt (S. 16) und nur noch das Recht aus § 805 ZPO.

3. Dauert es dem Pfandgläubiger (Vermieter) zu lange, bis er durch den Pfändungspfandgläubiger zum Erlös kommt (S. 17), so muß er einen sehr umständlichen Weg beschreiten, auf dem schwierige Rechtsfragen auftauchen, um die gepfändeten Sachen für sich auswerten zu können. Er muß:

a) die persönliche Schuldklage gegen den Schuldner (Mieter) anstrengen (S. 17);

b) eine Anschlußpfändung vornehmen (S. 18);

---

165 So die herrschende Meinung, vgl.: OLG 2, 252; 3, 357; 19, 153; RG 43, 181; 97, 34; Stein-Jonas 15. § 805 IV 5; Seuff.-Walsm. 1933 § 805, 2b; Förster-Kann 3. § 805 2b, 3; Brückner in „Recht" 1905, 181.

166 Anm. 12. Dasselbe gilt bei den übrigen Streitfragen um § 805 ZPO, wo eine herrschende Meinung besteht.

167 Näheres hierzu unten S. 56 ff.

c) in jedem Fall außerdem noch gegen den Pfändungspfandgläubiger nach § 805 ZPO klagen (S. 19).

Die Zahlungsklage muß vom Pfandgläubiger selbst dann erhoben werden, wenn der Schuldner nie daran gedacht hat, den Anspruch und das Pfandrecht des Pfandgläubigers zu bestreiten und so einer Klage aus dem Wege gehen möchte; denn ohne den vollstreckbaren Titel kann die notwendige Anschlußpfändung nicht vorgenommen werden.

Der geltende § 805 ZPO zwingt mithin Personen, einen Rechtsstreit auszutragen, der in Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist.

4. Die Fälligkeitserklärung der Forderung birgt sowohl für den Schuldner als auch für den Pfandgläubiger gewisse Gefahren in sich (S. 27 ff.). Das zeigt sich vor allem bei künftigen Forderungen:

a) dem Schuldner (Mieter) werden Vermögensstücke entzogen für Forderungen des Pfandgläubigers (Vermieters), die vielleicht gar nicht entstehen (S. 29);

b) der Pfandgläubiger erhält statt eines Pfandrechtes an Sachen ein Pfandrecht an einer Forderung (S. 29).

5. § 805 ZPO gilt nur bei Pfandrechten an Sachen, nie bei Pfandrechten an Rechten (S. 29 ff., 33). Das Pfandrecht an einem Recht berechtigt den Pfandgläubiger stets zur Widerspruchsklage, auch wenn kein Besitz damit verbunden ist. Hieraus ergibt sich z. B. die eigenartige Situation, daß der Vermieter an Sachen, die seinem Mieter allein gehören, schwächere Rechte hat als an Sachen, die nur im Miteigentum des Mieters stehen (S. 31, 32).

6. Hat der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an einem Recht, so kann sich der nachfolgende Gläubiger nur sichern durch Pfändung

a) des aufschiebend bedingten Anspruches auf den Übererlös bei Rechten, die durch Verkauf verwertet werden (S. 33 ff.).

b) des aufschiebend bedingten Anspruches auf den Überschuß bei Rechten, die nicht durch Verkauf verwertet werden (z. B. Geldforderungen) (S. 38, Bem. 135).

Diese einzig mögliche, schon jetzt wirksame Sicherung des nachfolgenden Gläubigers hat aber keinen großen Wert, da die Bedingung nicht einzutreten braucht (S. 38). Rechtfertigt sich auch weiterhin ein so großer Unterschied zwischen Pfandrechten an Sachen und solchen an Rechten?

7. Das durch Sicherungsübereignung verschaffte Eigentum fällt nicht unter § 805 ZPO.

8. Der Eigentumsvorbehalt begründet stets das Widerspruchsrecht des § 771 ZPO (S. 43).

9. § 805 ZPO hat nur prozeßrechtlichen Charakter (S. 44). Daraus folgt die unerfreuliche Tatsache, daß der Pfandgläubiger es in der Hand hat, unter Übergehung seines Rechtes aus § 805 ZPO, nachträglich durch Austragung seines Bereicherungsanspruches im Prozeßwege den Pfändungspfandgläubiger zu beunruhigen.

Zweiter Abschnitt.

Die verschiedenen Vorschläge.

§ 1.

§ 886 des Entwurfes von 1931.

Die dem § 805 der geltenden ZPO entsprechende Vorschrift des Entwurfes von 1931, § 886, lautet:

„Die Pfändung eines Gegenstandes ist statthaft, auch wenn an ihm ein Pfand- oder Vorzugsrecht eines Dritten besteht; ist eine Sache zu pfänden, so gilt dies nur, wenn der Dritte sich nicht in ihrem Besitz befindet.

Das Recht des Dritten ist jedoch ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht, bei der Verteilung des Erlöses entsprechend zu berücksichtigen, wenn es durch einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts anerkannt ist. Der Beschluß ist zu erlassen, wenn das Recht feststeht.

Das gleiche gilt für das Recht des nicht im unmittelbaren Besitz befindlichen Eigentümers, wenn der wirtschaftliche Zweck des Eigentumserwerbs oder -vorbehalts die Sicherung einer Forderung war und im Falle des Eigentumsvorbehalts die Tilgung der Schuld soweit fortgeschritten ist, daß bei verständiger Würdigung der Sachlage ein berechtigtes Bedürfnis des Eigentümers nach Aussonderung nicht mehr anerkannt werden kann. Der Schuldner kann der Befriedigung des Eigentümers durch den Gläubiger nicht widersprechen".

I. Worin diese Vorschrift dem § 805 ZPO im wesentlichen gleicht und eine Kritik hierzu.

Absatz 1 dieser Vorschrift gleicht in folgendem dem geltenden § 805 ZPO:

1. Das Pfandrecht an einer Sache, in deren Besitz[1] sich der Pfandberechtigte befindet, stellt nach wie vor ein die Veräußerung hinderndes Recht dar[2]; der Pfandberechtigte ist nicht beschränkt auf das Vorzugsrecht.

---

1 Sei es unmittelbarer oder mittelbarer. Der Entwurf spricht im Abs. 1 schlechthin von Besitz, während er in Abs. 3 nur den unmittelbaren Besitz aufzählt. Daraus geht hervor, daß unter dem bloßen Ausdruck „Besitz" beides fällt.

2 Die entsprechende Vorschrift des § 771 ZPO lautet im Entwurf (§ 820): „Die Vollstreckung darf nicht an einem Gegenstand durchgeführt werden, an welchem einem Dritten ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. ..... usw.".

2. Der besitzlose Pfandgläubiger einer S a c h e kann nie intervenieren, sondern muß die Pfändung eines anderen dulden.

Der Entwurf steht also auch auf dem Standpunkt, daß es berechtigt ist, in dem einen Falle den vorgehenden Pfandgläubiger, in dem anderen den pfändenden Gläubiger, allen Schutz angedeihen zu lasesn ohne Rücksicht auf die Interessen des anderen. Infolgedessen wird durch die bloße Pfändung eines Gläubigers der besitzlose Pfandgläubiger einer Sache nach wie vor stark beeinträchtigt. Der Vermieter verliert also das Verkaufsrecht nach § 1233 ff. BGB und ist auf die Rechte aus § 886 E. beschränkt. Und wieder, sofern es auf Grund des Anspruches des Pfändungspfandgläubigers zu einem Erlös in absehbarer Zeit nicht kommt[3], muß der vorgehende besitzlose Pfandgläubiger — will er auf die Realisierung seines Anspruches nicht mehr länger warten — einen Prozeß gegen den Schuldner anstrengen, der gesundem Volksempfinden nach überflüssig sein sollte, wenn zwischen beiden volles Einvernehmen herrscht, um die Versteigerung der gepfändeten Sache voranzutreiben. Nun scheint allerdings der Entwurf insofern eine Verbesserung zu enthalten, als die nach geltendem Recht noch außerdem notwendige Klage nach § 805 ZPO gegen den Pfändungspfandgläubiger entfällt. Denn aus Abs. 2 des § 886 E geht hervor, daß Voraussetzung für die vorzugsweise Befriedigung bei der Ausschüttung des Erlöses n i c h t mehr die Geltendmachung durch eine Klage ist. Es ist nicht einmal ein Antrag des Vorzugsberechtigten beim Vollstreckungsgericht erforderlich; vielmehr ist das Recht der vorzugsweisen Befriedigung von Amts wegen festzustellen, wenn sich sein Vorhandensein herausstellt[4].

Durch diese Regelung ist dem vorgehenden Pfandgläubiger aber n u r v o r e r s t die Austragung eines weiteren Prozesses erspart, nämlich nur dann, wenn der Pfändungspfandgläubiger den Beschluß nicht anficht. Erhebt er aber gegen den Beschluß die sog. „b e s o n d e r e V o l l s t r e c k u n g s b e s c h w e r d e“ der §§ 842, 843 E ordnungs- und fristgemäß, so wird dadurch ein dem heutigen Klageverfahren gleichwertiges Verfahren herbeigeführt, in dem durch Endurteil entschieden wird[5]. Diese Beschwerde wird der Pfändungspfandgläubiger nur einlegen, wenn er die vorgehende Berechtigung des Pfandgläubigers bestreiten will. So ist es, praktisch gesehen, aber auch heute schon. Der vorgehende Pfandgläubiger, der eine Anschlußpfändung vorgenommen hat, ist nur dann genötigt, außerdem noch klageweise gegen den Pfändungspfandgläubiger nach § 805 ZPO vorzugehen, wenn ihm dieser das Vorrecht streitig macht, sonst hat es auch nach heutigem Recht mit der Erhebung e i n e r Klage, nämlich der persönlichen Schuldklage gegen den Schuldner, sein Bewenden.

Der Vorteil, den der Entwurf dem Pfandgläubiger verschafft, ist also recht gering. Bestreitet der Pfändungspfandgläubiger das Recht der Vor-

3 Vgl.: oben S. 16.

4 Vgl.: Entwurf 1931 Erläuterungen zu § 886 S. 523.

5 Vgl.: § 843 E, Erläut. hierzu E. S. 499. Der innere Grund dieses Zurückfallens in den „Klageweg“ liegt darin, daß sich die Rechtskraft des zwischen Vermieter und Mieter ergangenen Urteils nicht auf den Pfändungspfandgläubiger erstreckt. (Vgl. oben S. 18.

zugsbefriedigung, so muß sich nicht, wie heute, der Pfandgläubiger rühren, um sein Recht durchzusetzen und zu verteidigen, sondern es liegt stattdessen allein bei dem Pfändungspfandgläubiger, das Recht des Pfandgläubigers anzugreifen, um es zu vernichten. —

II. Worin diese Vorschrift sich von § 805 ZPO unterscheidet.

Dagegen unterscheidet sich § 886 Abs. I E im folgenden vom geltenden § 805 ZPO:

Unter § 886 E fallen sämtliche Pfandrechte an Rechten. Das geht daraus hervor, daß der erste Halbsatz dieser Vorschrift ganz allgemein von der Statthaftigkeit der Pfändung eines „Gegenstandes" spricht, während die Ausnahmebestimmung des zweiten Halbsatzes sich auf Sachen beschränkt. Nach dem Entwurf ist mithin das Pfandrecht an einem Recht nie mehr ein die Veräußerung hinderndes Recht; ein solcher Pfandgläubiger kann selbst dann nicht intervenieren, wenn er das Recht besitzt.

Diese Gleichbehandlung sämtlicher Pfandrechte an Rechten mit dem einen Besitz nicht vermittelnden Sachpfandrecht wird von den Erläuterungen des Entwurfes[6] begründet mit einer „Gleichheit der Sachlage". Die Sachlage ist aber m. E. nur äußerlich gleich, innerlich jedoch voneinander verschieden.

Die äußere Gleichheit mag in folgendem zu erblicken sein: Durchweg ist das Pfandrecht an einem Recht ein Pfandrecht ohne Besitz[7]. Man kann auch sagen, daß dies eigentlich immer der Fall ist; denn den Besitz als ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis kann man nur an einem körperlichen Gegenstand, einer Sache, ausüben und nicht an einem Recht. Zwar spricht man davon, daß in denjenigen Fällen, in denen die Übergabe einer Sache erforderlich ist zur Bestellung des Pfandrechts an einem Recht, dieses Pfandrecht an einem Recht ein Recht zum Besitz gewährt[8]; aber dieser Besitz des Pfandgläubigers ist in Wirklichkeit nicht Besitz eines Rechts, sondern Besitz an einer Sache, deren Übergabe nur erforderlich war zur Entstehung des Rechtspfandrechts. Pfändet z. B. C die Briefhypothek des A, die dieser vorher dem B durch Einräumung des Mitbesitzes verpfändet hat, so steht m. E. dem B trotz § 886 E ein Interventionsrecht zu, zwar nicht auf Grund seines Rechtspfandrechts, sondern nur auf Grund des Mitbesitzes des Briefes, der insoweit einer Sache gleicht. Dieser Besitz ist auch nach § 820 E ein die Veräußerung hinderndes Recht, da er nicht jederzeit aufhebbar ist, sondern erst, wenn die Forderung, die dem Pfandrecht zugrunde liegt, nicht mehr besteht[9]. Man kann mithin m. E. nicht sagen, daß dem Besitz auch dann der Charakter eines die Veräußerung hinderndes Recht abzusprechen ist, wenn dem Besitzer ein Recht zum Besitz nur auf Grund eines Rechts zusteht, das selbst nicht zum Wider-

---

6 S. 523.

7 Z. B. an einer Geldforderung, an einem G. m. b. H.-Anteil, Erbanteil.

8 Vgl.: Planck (4) § 1273, 2a; Staudinger-Kober 9. § 1273, 2a.

9 Im Gegensatz etwa, wie es der Entwurf Erl. S. 482 hervorhebt, zu einer stets widerruflichen Leihe.

spruch[10] nach § 820 E (§ 771 ZPO) berechtigt[11]. Wollte man anders entscheiden, so müßte der Pfandgläubiger einer Briefhypothek eines anderen — sei er unmittelbarer oder Mitbesitzer — die Pfändung dulden. Das kann aber nicht richtig sein, wenn man sich folgendes vor Augen führt: Die Pfändung eines Hypothekenbriefes ist auch nach dem Entwurf, § 911, Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht. Außer der „Pfändungsverfügung" ist die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger erforderlich; die Übergabe gilt als bewirkt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief dem Schuldner zum Zwecke der Ablieferung wegnimmt. Der Entwurf gleicht hierin im wesentlichen dem geltenden § 830 ZPO. Die Wegnahme des Briefes soll dem Gläubiger den Besitz verschaffen, durch die die Pfändung der Forderung vollendet wird. Es handelt sich also nicht um eine Sachpfändung nach § 888 E (§ 808 ZPO), sondern um eine Zwangsvollstreckung zur Herausgabe einer Sache (§§ 969 ff E, 883 ff. ZPO), deren Titel die „Pfändungsverfügung" ist, und nicht derjenige, welcher auf die Geldforderung geht[12]. Befindet sich nun aber der Hypothekenbrief nicht im Gewahrsam des Schuldners, sondern im unmittelbaren Besitz oder Mitbesitz eines Dritten (= Pfandgläubiger), so ist nach § 972 E (§ 886 ZPO) der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Briefes nach den Vorschriften über die Pfändung einer Geldforderung zu pfänden, es sei denn, daß der Dritte zur Herausgabe des Briefes bereit ist[13]. Eine unmittelbare Vollstreckung gegen den Dritten ist nicht zulässig, wenn dieser nicht herausgabebereit ist. Der Anspruch auf Herausgabe des Briefes kann aber erst geltend gemacht werden, wenn die Forderung des Dritten gegen den Schuldner nicht mehr besteht.

Daran ändert auch § 886 E nichts. Trotz § 886 E findet § 972 E immer Anwendung bei der Pfändung einer Hypothek, also eines Rechts, für die ein Brief besteht. § 972 E kann durch § 886 E nämlich nicht ausgeschlossen werden, weil die letztere Vorschrift ihrer Stellung im Gesetze nach nur Wirkungen auslösen kann auf die verschiedenen Zwangsvollstreckungen von Geldansprüchen. Hierunter fällt § 972 E aber nicht. Da durch § 886 E in keinem Fall § 972 E ausgeschlossen werden kann, wenn der Dritte zur Herausgabe nicht bereit ist, so bedeutet das nichts anderes, als daß dem Pfandgläubiger, der den ihm verpfändeten Hypothekenbrief im unmittelbaren Besitz hat, gegenüber einem pfändenden Gläubiger des gemeinsamen Schuldners ein wirksames Vermögensrecht auf Belassung im Besitz zusteht. Obgleich er also Pfandgläubiger eines Rechts ist, dem § 886 E nie die Rechte aus § 820 E gibt, kann er auf Grund des Besitzes am Brief nach § 972, 888 II E Erinnerung einlegen und damit auch § 820 E anwendbar machen[14].

Insofern bestehen also keine Bedenken, besitzende Pfandrechte an Rechten dem Wortlaut nach ebenso unter § 886 E fallen zu lassen, wie die

---

[10] Der Entwurf gewährt hier — genau gesagt — Erinnerung oder besondere Vollstreckungsbeschwerde, vgl.: §§ 820, 888 E.

[11] A. A.: Pagenstecher S. 650 Anm. 45.

[12] Vgl.: Stein-Jonas 15. § 830 IV 2, 2a; VIII.

[13] § 888 II E (§ 809 ZPO); Stein-Jonas § 886 I.

[14] Die gegenteilige Ansicht übersieht m. E. die Bedeutung des § 972 E in Verbindung mit § 911 E.

Rechtspfandrechte, die keinen Besitz vermitteln. Deshalb mag es auf den ersten Blick gerechtfertigt erscheinen, das Pfandrecht an Rechten schlechthin dem Sachpfandrecht ohne Besitz gleichzustellen, weil letzten Endes nur dasjenige Pfandrecht an einem Recht von § 886 E betroffen wird, das keinen Besitz einer Sache vermittelt. Ist es aber deshalb innerlich gerechtfertigt, den vorstehenden Sachpfandgläubiger gleichzustellen?

Das wird man verneinen müssen. Mit gutem Grund hat die geltende ZPO diese Gleichstellung nicht vorgenommen, sondern den Rechtspfandgläubiger wie einen besitzenden Sachpfandgläubiger behandelt[15]. So wie § 886 E die Gleichstellung vornimmt, führt dies zu rechtlich undurchsichtigen, jedenfalls schwer lösbaren Zweifelsfragen.

Beispiel: Dem G ist eine Geldforderung des S_1 verpfändet, die diesem gegen S_2 zusteht. G erhebt Klage nach § 1282 BGB gegen S_2. Jetzt pfändet D die Forderung des S_1[16].

Soll dann der Prozeß in der Hauptsache als erledigt anzusehen sein oder nicht? Wenn ja, wen treffen die Kosten?

Ein weiteres Beispiel: Dem G ist von dem Miterben S dessen Erbanteil verpfändet worden unter Ausschließung der Vorschrift des ersten Halbsatzes des § 1277 BGB. G verklagt die übrigen Miterben gemäß §§ 1273 II, 1258 II 2 BGB auf Auseinandersetzung. Jetzt pfändet D.

M. E. hat dann G sein bürgerliches Betreibungsrecht verloren[17]. Er muß, falls es zum Erlös durch D nicht kommt, gegen S seine persönliche Forderung einklagen und dann seinerseits den Erbanteil pfänden, damit er das erreicht, was er wollte, als er die übrigen Miterben kraft seines bürgerlichen Betreibungsrechtes auf Auseinandersetzung verklagte.

G ist also gezwungen, einen umständlichen Weg zu beschreiten. Durch § 886 E wäre erreicht, daß sich diese unerfreuliche Tatsache nicht beschränkt auf das Sachpfandrecht ohne Besitz, sondern auch ausdehnt auf das Rechtspfandrecht. Das ist aber alles andere als eine Verbesserung des geltenden Rechts.

III. § 886E und die Fälligkeitsklausel.

Auch im folgenden bedeutet § 886 E keine Verbesserung gegenüber dem geltenden § 805 ZPO.

Nach § 886 II E ist das Recht des vorgehenden Pfandgläubigers ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht, bei der Verteilung des Erlöses entsprechend zu berücksichtigen. Die Gefahren, die diese Regelung für den Schuldner und den Pfandgläubiger hat[18], sind nicht berücksichtigt worden. Daß hierin eine Änderung dringend geboten erscheint, kann nach dem, was oben unter Ziffer 4 S. 46 gesagt

15 So auch Pagenstecher S. 652 Note 61.

16 Auch dieses Beispiel ist dem Aufsatz Pagenstechers, S. 649 Note 41, entnommen.

17 Der Fall liegt also ähnlich wie beim Vermieter, der durch die Sachpfändung das ihm bis dahin zustehende bürgerliche Verkaufsrecht eingebüßt hat, vgl. oben S. 16.

18 Vgl. oben S. 27 ff.

worden ist, nicht zweifelhaft sein[19]. Die Fassung des § 886 E kann also auch insoweit nicht beifällig aufgenommen werden.

IV. Die Gleichbehandlung der Rechtspfandrechte mit dem Sachpfandrecht ohne Besitzvermittlung.

Ist indessen die Subsumierung der Rechtspfandrechte unter § 886 E auch von Vorteil? Es scheint so, wenn man sich vergewissert, daß der Entwurf damit allerdings die eigenartige Situation umgangen hat, daß der Vermieter an Sachen, die dem Mieter allein gehören, schwächere Rechte hat, als an Sachen, die nur im Miteigentum des Mieters stehen[20]. Dieser logische Widerspruch des geltenden Rechts ist aber nur ein scheinbarer, wie ich oben S. 32 versucht habe darzulegen, und rechtfertigt jedenfalls für sich genommen noch nicht, eine Gleichstellung der Rechtspfandrechte mit dem besitzlosen Sachpfandrecht vorzunehmen. Die Rechtfertigung einer solchen Handhabung könnte man nur bejahen, wenn die Interessen des Pfändungspfandgläubigers schutzwürdiger sind, als die des Rechtspfandgläubigers an der Erhaltung seines Pfandes; auch dürfte es keinen anderen Weg geben, die gegenüberstehenden Interessen gerecht auszugleichen. Aus der Fassung des § 886 ist zu entnehmen, daß der Entwurf das erstere bejaht und das letztere verneint. Aber hierin ist dem Entwurf nicht zu folgen.

M. E. verdient das Interesse des Rechtspfandgläubigers an der Aufrechterhaltung seines Pfandes den Vorzug. Rechtspfandrechte, die einen Besitz vermitteln, sollten schon „wegen Gleichheit der Sachlage" wie Sachpfandrechte mit einem Besitzverhältnis behandelt werden. Aber auch bei Pfandrechten an Rechten ohne Besitz muß dasselbe gelten. Diese kann man nämlich mit dem Sachpfandrecht ohne Besitz nicht vergleichen. Bei letzterem mag es gerechtfertigt sein, einen Unterschied zu machen, zum Sachpfandrecht mit Besitzvermittlung. Bei Übereinstimmung zwischen Pfandgläubiger und Schuldner kann das Sachpfandrecht ohne Besitz jederzeit — sofern die Pfandsache nicht abhanden gekommen ist[21] — in ein Besitzpfandrecht verwandelt werden und so dessen Vorzüge genießen. Das ist beim Rechtspfandrecht ohne Besitz aber nicht möglich, weil dieses Pfandrecht einen Besitz gar nicht zuläßt (z. B. beim Erbanteil, bei Geldforderung). Es kommt deshalb im künftigen Recht m. E. nur darauf an, wie die Sicherheiten des Pfändungspfandgläubigers verbessert werden können[22].

V. Das Sicherungseigentum kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr.

Im Gegensatz zu § 805 ZPO hat die Behandlung des Sicherungseigentums im § 886 III E eine ausdrückliche Regelung gefunden. Dort heißt es, daß der nicht im unmittelbaren Besitz befindliche Sicherungseigentümer dem nichtbesitzenden Pfandgläubiger gleichgestellt wird.

---

19 Näheres s. unten S. 59 Anm. 41.
20 Vgl. oben S. 31 ff.
21 Das ist immerhin die Ausnahme.
22 Näheres zu dieser Frage unten S. 64 ff.

Der Entwurf stellt sich damit auf den Standpunkt, daß es zweckmäßig ist, im Vollstreckungsrecht das Sicherungseigentum wie ein Pfandrecht ohne Besitz zu behandeln. Weiter hat der Entwurf m. E. nichts gesagt. Insbesondere sagt er also nicht, daß das Sicherungseigentum ein und dasselbe ist wie ein Pfandrecht, welches dem Gläubiger keinen Besitz verschafft. Wenn nicht als Eigentum, so sieht der Entwurf das Sicherungseigentum doch mindestens als Pfandrecht mit Besitz an. Im Wege des Umkehrschlusses geht nämlich aus § 886 III E hervor, daß der Sicherungseigentümer mittelbaren Besitz innehat[23]. Für diesen einzelnen Fall wird dieser mittelbare Besitz nur nicht für ausreichend erklärt, um Halbsatz 2 des Abs. 1 anwendbar zu machen. Die Anwendung des § 820 E soll also bei der Sicherungsübereignung, sofern ein u n mittelbarer Besitz des Sicherungseigentümers nicht vorhanden ist, ausgeschlossen werden.

Die Hauptgründe, die den Entwurf zu dieser Regelung gedrängt haben, mögen folgende sein:

1. Ein Verkehrsbedürfnis nach dem Institut der Sicherungsübereignung wäre nicht entstanden, wenn es ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht, das von Anfang an einen Besitz nicht vermittelt, gegeben hätte. Es sollte wirtschaftlich nur die Funktionen des letzteren erfüllen und ist daher im Verkehr auch nur wie ein solches zu behandeln.
2. Das Interesse einer einheitlichen Behandlung dieses Institutes für alle Rechtsgebiete, also auch für die Zwangsvollstreckung, rechtfertigt die Einfügung in § 886 E.

Es ist nun allerdings nicht von der Hand zu weisen, daß das Sicherungseigentum mit dem Pfandrecht verwandte Züge aufweist. Es kann auch nicht geleugnet werden, daß der Anstoß zur Herausbildung der Sicherungsübereignung von der Unmöglichkeit ausging, durch Rechtsgeschäft ein von vornherein Besitz nicht gewährendes Pfandrecht schaffen zu können, und daß ein Interesse an einheitlicher Behandlung auf allen Rechtsgebieten besteht. Aber deshalb kann der Regelung des Entwurfs, so wie sie ist, noch nicht zugestimmt werden.

1. Man kann nämlich auch sagen: Gewiß ist der Anstoß nur der gewesen, der eben dargelegt wurde; aber der Verkehr hat sich dann die größeren Möglichkeiten, die die Sicherungsübereignung, die anfangs nur als Pfandrechtsersatz gedacht war, bietet, nutzbar gemacht und ist daher über den ursprünglichen Zweck hinausgegangen. Die Sicherungsübereignung soll gar nicht mehr das Pfandrecht ohne Besitz ersetzen, sondern das mittelbaren Besitz vermittelnde Pfandrecht, welches dem BGB ebenfalls fremd ist (arg. §§ 1205/06 BGB). Durch die Sicherungsübereignung werden die Besitzpfandrechte um eines vermehrt. Wie beim Besitzpfandrecht, so soll auch durch die Sicherungsübereignung erstrebt werden, daß der Sicherungsnehmer der Zwangsvollstreckung eines Gläubigers des Sicherungsgebers entgegentreten kann, da durch sie eine ebenso große Sicherstellung des Gläubigers bezweckt wird, wie durch ein Besitzpfandrecht. Nach der Regelung des Entwurfes ist dies dann nicht mehr der Fall.

---

[23] Vgl.: oben S. 41 Ziff. 4.

2. Aber vor allem muß ich die Erstreckung auf das Sicherungseigentum, so wie sie § 886 E vorsieht, deshalb ablehnen, weil durch diese Vorschrift die Forderung des Sicherungseigentümers fällig wird. Das führt insbesondere zu unerfreulichen Ergebnissen bei langfristigen Krediten, die der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber eingeräumt hat. Der Nehmer kann seinen Besitz nicht erhalten, was aber durchaus im Interesse der Aufrechterhaltung des Kreditgeschäfts liegen würde, erhält vielmehr schon jetzt seine Forderung aus dem Erlös ausbezahlt.

Diese vorzeitige Fälligkeit des § 886 E ist es also insbesondere, die es mir unmöglich macht, der Regelung des Entwurfes bezüglich des Sicherungseigentums[25] zuzustimmen. Ob trotz der Bedenken unter 1 das Sicherungseigentum für das Gebiet der Zwangsvollstreckung wie ein Pfandrecht ohne Besitz behandelt werden sollte, sofern die Fälligkeitsbestimmung des § 886 E geändert wird, um die Bedenken unter 2 zu zerstreuen, soll unten S. 73 ff. entschieden werden.

VI. Das Vorbehaltseigentum u. U. kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr.

Nach dem Entwurf hat der Verkäufer (Lieferant), der Sachen unter Eigentumsvorbehalt verkauft, grundsätzlich kraft seines unbestreitbaren Eigentums an den betreffenden Sachen ein die Veräußerung hinderndes Recht gemäß § 820 E. Das gilt aber nicht uneingeschränkt. Nach § 886 III E ist der Eigentumsvorbehalt dann nicht mehr die Wirkung eines die Veräußerung hindernden Rechts, wenn die Tilgung der Schuld so weit fortgeschritten ist, daß bei verständiger Würdigung der Sachlage ein berechtigtes Bedürfnis des Eigentümers nach Aussonderung nicht mehr anerkannt werden kann.

1. Worin dieser Regelung zugestimmt wird.

Dieser Beschränkung des Vorbehaltseigentümers auf die bloße Erlösteilnahme kann zugestimmt werden. Es ist in der Tat unbillig, wenn wie heute der Eigentümer trotz weit vorgeschritenen Abzahlungen noch im Gebiete der Zwangsvollstreckung die Eigentumsvollrechte geltend machen kann[26]. Vielmehr entspricht es einem Gebot der Billigkeit, die Sache schon jetzt anderen Gläubigern des Schuldners als Befriedigungsobjekt dienstbar zu machen. Der Vorbehaltseigentümer hat aus dem Vermögen des Schuldners schon so viel erhalten, daß es ein überspitzter Schutz seiner Interessen wäre, wollte man ihm darüber hinaus bis zur Zahlung des letzten Pfennigs das Recht aus § 820 E (§ 771 ZPO) belassen. Das wäre im Gegenteil eine Hintansetzung der berechtigten Interessen des anderen Gläubigers. Diesem ist daher der Zugriff auf diejenigen Sachen möglich zu machen, die dem Schuldner zwar noch nicht gehören, bei denen sich aber infolge weit vorgeschrittener Abzahlungen das Anwartschaftsrecht fast zum Eigentumsrecht verdichtet hat.

---

[24] Die Erläuterungen des Entwurfes geben keine Begründung.

[25] Seine Behandlung im Konkurs kann zur Begründung nicht herangezogen werden; vgl. oben S. 41 unter Ziff. 2.

[26] Vgl.: Entwurf Erl. S. 524.

Bei dieser Sachlage ist es dem Vorbehaltseigentümer durchaus zuzumuten, für den geringen Rest seiner Forderung auf die bloße Erlösteilnahme beschränkt zu sein. Ganz klar und einleuchtend liegt es, wenn die verkaufte Sache bereits zu 90% bezahlt ist, und ein anderer Gläubiger die Pfändung vornimmt. Dann kann ein berechtigtes Bedürfnis des Eigentümers nach Aussonderung nicht mehr anerkannt werden. Zweifel können dagegen über die Anwendung des § 886 III E auftauchen, wenn nur die $^{7}/_{10}$tel Grenze erreicht ist[27]. Und noch eins: wie ist die Bestimmung des § 886 III E zu verstehen, wenn Forderungen nachgeschoben werden[28]? Hier kann m. E. nur so entschieden werden, daß die Forderungen dem Kaufpreis der Sache, an der der Eigentumsvorbehalt besteht, hinzugezählt werden müssen, und zwar auch dann, wenn es sich dabei nur um künftige Forderungen handelt. Bei künftigen Forderungen ist die höchste Summe einzusetzen, die erreicht werden kann. Ist das nicht möglich, so ist die Summe einzusetzen, die dem voraussichtlichen Umfang des zu erwartenden Geschäfts zwischen den beiden entspricht.

Aus dem Verhältnis der bereits gezahlten Summe zu den noch offenen Summen ist dann zu entnehmen, ob eine bloße Erlösteilnahme gerechtfertigt ist oder nicht. Nur dies entspricht einer verständigen Würdigung der Sachlage, weil man sonst berechtigte Interessen des Vorbehaltseigentümers unberücksichtigt ließe. Will der Gläubiger unbedingt in den Gegenstand vollstrecken, an dem der Eigentumsvorbehalt besteht, so muß er eben den Gläubiger von sich aus soweit befriedigen, bis das berechtigte Bedürfnis des Eigentümers nach Aussonderung nicht mehr anerkannt werden kann. Das ist auch die Bedeutung des Schlußsatzes des § 886 Abs. 3 E.

2. Weshalb dieser Regelung im ganzen zugestimmt wird.

Versagt man demnach in einigen Fällen dem Vorbehaltseigentümer das Recht aus § 820 E, so ist es umgekehrt aber auch ein Gebot der Gerechtigkeit, ihm dadurch so wenig Schaden wie möglich zuzufügen, ihm in diesem Falle vielmehr im Rahmen des § 886 E auch Vorteile zu gewähren.

Wenn ich oben S. 51 III gegen die Fälligkeitsbestimmung des § 866 II E Stellung nahm, so hatte das seine guten Gründe. Diese Gründe gelten aber nicht beim Eigentumsvorbehalt. Auf der einen Seite ist es dem Vorbehaltseigentümer immer angenehm, wenn er sein Geld früher bekommt. Auf der anderen Seite sind Machenschaften des Eigentümers und eines anderen Gläubigers zum Schaden des Schuldners nicht möglich. Für den Eigentümer fehlt bei der Fassung des § 886 III E hierfür der Anreiz. Er hat vom Schuldner nur noch eine verhältnismäßig geringe Summe zu fordern, da § 886 E nicht mehr anwendbar ist, wenn es sich um eine größere Summe handelt. Tritt aber wirklich einmal der Fall ein, daß der Eigentümer es auf die frühzeitige Erlangung der Restsumme abgesehen hat, so ist das nur ein recht geringer Schaden für den Schuldner[29].

27 M. E. müßte die Grenze ungefähr bei 80% liegen. Ist also weniger als $^{4}/_{5}$ des Kaufpreises bezahlt, ist § 886 E nicht anwendbar.

28 Vgl.: RGRK § 455, 5.

29 Vgl.: unten 2. Abschn. § 3 III, dessen Vorschlag zudem bei besonderer Unbilligkeit ein Abweichen von der Regel zuläßt.

Deshalb ist hinsichtlich des Eigentumsvorbehaltes der Fassung des § 886 E auch insoweit beizupflichten, als die Erlösverteilung eintritt ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung des Eigentümers fällig ist oder nicht. Dieser Vorteil ist der Ausgleich für die Schlechterstellung des Vorbehaltseigentümers gegenüber den anderen Eigentümern von Sachen, die sich im Besitze des Schuldners befinden.

VII. Ersetzung der Klage durch Feststellung des Rechts von Amts wegen.

Endlich soll noch darauf eingegangen werden, wie sich § 886 E zu der unerfreulichen Tatsache des heutigen § 805 ZPO stellt, wonach es im Belieben des Pfandgläubigers steht, statt nach § 805 ZPO vorzugehen, die Bereichungsklage gegen den Pfändungspfandgläubiger anzustrengen und diesen auf diese Art zu beunruhigen[30].

In § 886 II hat der Entwurf bezüglich dieses Problems folgenden Weg eingeschlagen: Das Recht des vorgehenden Pfandgläubigers ist nicht mehr durch Klage geltend zu machen, sondern wird von Amts wegen durch Beschluß des Vollstreckungsgerichtes festgestellt, ohne daß es eines Antrages bedarf. Voraussetzung dieses Beschlusses ist nach § 886 II 2 E nur, daß das Recht feststeht.

Der Entwurf hat also damit, daß von Amts wegen über das Recht des Pfandgläubigers zu befinden ist, eines erreicht: er vermeidet dadurch die unerfreuliche Tatsache, daß es dem Pfandgläubiger überlassen bleibt, wie und wann er gegen den Pfändungspfandgläubiger vorgehen will; er kann diesen nicht mehr in eine Lage bringen, in der dieser nicht weiß, woran er eigentlich ist. Der Pfändungspfandgläubiger soll grundsätzlich — sofern dies möglich ist — v o r der Erlösverteilung wissen, mit welchem Betrag er zu rechnen hat, damit er sich eine klare Vorstellung davon machen kann, wieviel seiner Befriedigung endgültig dient.

Dieser Regelung des Entwurfs ist m. E. zuzustimmen. Sie bedeutet eine Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht. Die sich entgegengesetzten Interessen wirken von vornherein aufeinander ein. Nur wenn die Verhältnisse recht undurchsichtig sind, wird es dem Vollstreckungsgericht nicht gelingen, das Recht von Amts wegen festzustellen. Dann ist es aber auch gerechtfertigt, einerseits wegen des jedes neuzeitliche Zwangsvollstreckungsrecht beherrschenden Grundsatzes der Beschleunigung, das Vollstreckungsverfahren, das der Pfändungspfandgläubiger in die Wege geleitet hat, zu dessen Gunsten zu beenden; andererseits muß dann dem vorgehenden Pfandgläubiger aber auch der Weg offen gelassen werden, später, wenn die Verhältnisse sich geklärt haben und nicht mehr so undurchsichtig sind, gegen den Pfändungspfandgläubiger die Bereichungsklage anstrengen zu können.

Im künftigen Recht muß demnach die Möglichkeit einer nachträglichen Bereichungsklage anerkannt bleiben. Um den Streit, der heute darüber herrscht, zu beenden, wird man dies in den Erläuterungen (Motiven) des betreffenden Paragraphen niederlegen; eine ausdrückliche Regelung im Gesetzestext dürfte dann überflüssig sein.

[30] Vgl. oben Text S. 45.

VIII. Zusammenfassung.

Aus den vorgehenden Ausführungen dürfte hervorgehen, daß § 886 E dem § 805 ZPO gegenüber gewisse Verbesserungen aufweist. Daneben ist aber auch manches nicht berücksichtigt worden, was einer Änderung bedurft hätte. Und endlich hat § 886 E auch Verschlechterungen gegenüber § 805 ZPO zur Folge.

Deshalb kann im ganzen der Fassung des § 886 E nicht zugestimmt werden. Diese Vorschrift nähert sich zu wenig dem Ideal.

§ 2.

Kritik der Vorschläge Pagenstechers und eigene Vorschläge.

I. Allgemeine Aufführung der Vorschläge Pagenstechers.

Pagenstecher erklärt einleitend[31], er erblicke den Hauptfehler des geltenden Rechts, der zu der Unmöglichkeit führe, die widerstreitenden Interessen auszugleichen, darin, daß entweder

1. der Pfändungspfandgläubiger mit Rücksicht auf das bereits bestehende Pfandrecht eines anderen überhaupt nicht pfänden darf (Fälle des § 771 ZPO)[32];

oder

2. der Pfändungspfandgläubiger sich ohne Rücksicht auf das Recht des vorgehenden Pfandgläubigers sofort durch Vollstreckung befriedigen darf (Fälle des § 805 ZPO)[33].

Pagenstecher will nun einen gerechten Ausgleich der Interessen für alle Fälle herbeiführen durch Anwendung folgender Grundsätze:

1. Der Vollstreckungsgläubiger muß in jedem Fall schon jetzt die Möglichkeit haben, ein Pfandrecht zu bekommen an den Gegenständen, die mit einem rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Pfandrecht eines anderen belastet sind.
2. Die Rechtsstellung dieses vorgehenden Pfandgläubigers darf nicht oder nicht wesentlich dadurch verschlechtert werden, daß ein Dritter gegen den Pfandschuldner (Pfandeigentümer) einen vollstreckbaren Titel erlangt.
3. Die Rechtsstellung des Schuldners darf nicht dadurch verschlechtert werden, daß sich der Vollstreckungsgläubiger (Pfändungspfandgläubiger) und der Pfandgläubiger einander gegenüberstehen und miteinander kämpfen.
4. Diese Grundsätze (1—3) sind durch möglichst einfache Gesetzes-

---

31 Vgl.: Pagenstecher S. 648 VIII ff.

32 Die Interessen des Pfändungspfandgläubigers werden also überhaupt nicht berücksichtigt.

33 Die Interessen des Pfandgläubigers werden also einfach hintangesetzt.

bestimmungen zu verwirklichen. Unbedingt zu vermeiden sind überflüssige Prozesse, kostspielige nicht notwendige Pfändungen und undurchsichtige rechtliche Situationen, die Zweifelsfragen aufwerfen, die schwer zu lösen sind.

II. Kritik an Pagenstecher bezüglich des Besitz-Sachpfandes.

Die Verwirklichung des 1. Grundsatzes würde nichts anderes bedeuten, als daß das Pfandrecht nie mehr ein die Veräußerung hinderndes Recht ist[34].

Es erscheint auf den ersten Blick sehr revolutionär, wenn Pagenstecher sogar den besitzenden Sachpfandgläubiger dem besitzlosen gleichstellen will. Einwendungen gegen diese Ansicht liegen sehr nahe, da die zu pfändende Sache sich doch im unmittelbaren Besitz eines Dritten befindet, der nicht Vollstreckungsschuldner ist; der Vollstreckungsgläubiger könnte also nur ein Pfändungspfandrecht erlangen, wenn man mit dem Grundsatz des § 808 ZPO breche. Das sei aber unmöglich.

Pagentecher geht diesem Einwand aus dem Wege[35], indem er einen Vorschlag macht, der es ermöglicht, daß der Vollstreckungsgläubiger ein Sachpfandrecht erlangt, ohne daß mit dem Grundsatz des § 808 ZPO gebrochen wird. Pagenstecher weist auf die Anschlußpfändung des § 826 ZPO hin, die ja auch eine Sachpfändung ist und will deren Grundsätze auf den hier vorliegenden Fall de lege ferenda anwenden. Die Pfändung erfolgt also nicht durch Gewahrsamsbruch und Ersichtlichmachung, sondern dadurch, daß der Gerichtsvollzieher ein Protokoll aufnimmt und dieses Protokoll an den Schuldner und den besitzenden Sachpfandgläubiger zustellt[36]. Ein anderer Weg ist noch folgender: man trifft eine Bestimmung, wonach der mittelbare Besitz des Schuldners auf den Gerichtsvollzieher übergeht, und wodurch dem besitzenden Sachpfandgläubiger gleichzeitig verboten wird, die Pfandsache ohne Zustimmung des Gerichtsvollziehers fortzugeben[37].

Den weiteren Einwand, der Sachpfandgläubiger könne auf Grund seines Besitzes intervenieren, entkräftet Pagenstecher damit, daß eine Bestimmung aufgenommen werden müsse, wonach der Besitz, den der Sachpfandgläubiger habe, kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr sei[38].

Insoweit kann diesem Vorschlag Pagenstechers in der Tat mit stichhaltigen Gründen nicht entgegengetreten werden[39]. Es kommt aber noch darauf an, wie im übrigen die Auswirkungen des Grundsatzes 1 gemeistert werden sollen.

---

34 Der Pfandgläubiger bleibt nach den Vorschlägen Pagenstechers allerdings geschützt (siehe unten S. 59; Pagenstecher S. 651), da § 805 ZPO gegen ihn nicht anwendbar ist.

35 Vgl.: Pagenstecher S. 650.

36 Eine Verteidigung dieser Pfändungsart gibt Pagenstecher überzeugend a. a. O. im Nachtrag S. 655/56.

37 Vgl.: Pagenstecher, Note 43.

38 Vgl.: Pagenstecher S. 650.

39 Vgl.: Pagenstecher Noten 43a, 44, deren Beispiele für den Vorschlag Pagenstechers sprechen. Vgl. auch: Pagenstecher S. 655/56.

Da Pagenstecher in jedem Falle dem Vollstreckungsgläubiger durch die Pfändung ein solches Pfandrecht an der Sache geben will, welches vom Pfandgläubiger nicht beseitigt werden kann, so darf er natürlich auch im übrigen bei der heutigen Regelung des § 805 ZPO nicht stehen bleiben; denn sonst wäre dies eine einseitige Bevorzugung des Vollstreckungsgläubigers und eine wesentliche Verschlechterung der Rechtsstellung des Pfandgläubigers. Der heutige § 805 ZPO bestimmt nach der herrschenden Meinung, daß nach der Pfändung nur dem Pfändungspfandgläubiger ein Betreibungsrecht zusteht.

Dieses Recht soll nach Pagenstecher dem Pfändungspfandgläubiger zwar grundsätzlich erhalten bleiben; aber das Betreibungsrecht des Pfandgläubigers soll durch die Pfändung nicht berührt werden, sondern das primäre bleiben[40]. Das soll sich praktisch dahin auswirken, daß der Pfändungspfandgläubiger sein Betreibungsrecht nicht sofort durchsetzen kann, sondern erst, wenn der vorgehende Pfandgläubiger von dem ihm zustehenden Betreibungsrecht keinen Gebrauch macht, nachdem auf Antrag des Pfändungspfandgläubigers dem Pfandgläubiger vom Vollstreckungsorgan erfolglos eine Frist bestimmt worden ist, innerhalb deren er die Verwertung vorzunehmen hat[41].

Pagenstecher will also dasselbe, was Stern meint, schon aus dem heutigen § 805 ZPO folgern zu können, nämlich daß dem besitzlosen Pfandgläubiger nach wie vor das Betreibungsrecht zusteht[42].

An dieser Regelung ist erfreulich, daß dem Pfandgläubiger durch eine Vertröstung und einem Hinhalten des Pfändungspfandgläubigers mit Abschlagszahlungen des Schuldners, kein Schaden mehr zugefügt werden kann. Er hat es nicht mehr nötig, den recht umständlichen Weg der Zahlungsklage gegen den Schuldner mit darauffolgender Anschlußpfändung einzuschlagen, will er das Verfahren vorantreiben. Das gilt m. E. aber nur, wenn Einvernehmen zwischen dem Schuldner und dem Pfandgläubiger herrscht. Ist dies nicht der Fall, so muß auch nach dem Vorschlag Pagenstechers der Pfandgläubiger um sein Pfand- und Betreibungsrecht kämpfen. Gibt z. B. der besitzende Schuldner das Pfand an den besitzlosen Pfandgläubiger nicht freiwillig heraus, so kann dieser sein Betreibungsrecht nur dadurch ausüben, daß er gegen den Schuldner auf Herausgabe der Sache klagt. Handelt es sich um Sachen, die der Pfandgläubiger besitzt, so muß dieser es sich gefallen lassen, von dem Schuldner in einen Rechtsstreit hineingezogen zu werden, worin dieser klagt auf Feststellung, daß das Pfandrecht des Pfandgläubigers überhaupt nicht oder nur für eine geringere Summe besteht, als von ihm geltend gemacht wird[43]. In allen Fällen darf es aber dem Pfändungspfandgläu-

---

40 Vgl.: Pagenstecher S. 651.

41 Also ähnlich wie in § 127 II KO. Der Vollstreckungsgläubiger hat also in jedem Falle zu warten, bis die Forderung des Pfandgläubigers fällig ist. Künftige, bedingte Forderungen brauchen nicht mehr hinterlegt werden, nichtfällige werden nicht fällig. Das ist insoweit eine Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht; vgl.: Pagenstecher S. 651.

42 Vgl. oben Text S. 14.

43 Auf Herausgabe an sich allein kann er nicht klagen, weil die Pfändung des anderen Gläubigers vorliegt.

biger nicht verwehrt werden, das Recht des Pfandgläubigers zu bestreiten[44].

Der Weg des Pfandgläubigers ist also nur in Einzelfällen nicht so umständlich wie heute. Zweifellos hat auch Pagenstecher dadurch, daß er die Rechtsgedanken des § 127 II KO auf die Einzelvollstreckung ausdehnen will, die Gefahren umgangen, die ohne dem dem Pfändungspfandgläubiger drohen würden. Ein wirksames Zusammenarbeiten des Schuldners mit dem Pfandgläubiger zum Schaden des Pfändungspfandgläubigers ist dadurch unmöglich gemacht; trotz Abschlagszahlungen usw. würde der Vollstreckungsgläubiger bald betreiben können[45]. Aber gerade dies bedeutet nun wieder eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß dem Pfandgläubiger trotz Pfändung das Betreibungsrecht zusteht. Der gerechte Ausgleich der Interessen erfordert diese Durchbrechung bei der Regelung, wie P a g e n s t e c h e r sie vorschlägt.

Es können nun wieder Tatbestände eintreten, wo die eben genannte Durchbrechung ihrerseits wieder durchbrochen werden muß, um eine gerechte Interessenabwägung vorzunehmen. So ist z. B. Zweck der fruchtlosen Fristsetzung an den Pfandgläubiger, daß dem Vollstreckungsgläubiger das Betreiben ermöglicht wird, um zur Befriedigung zu gelangen. Werden deshalb Pfandsachen auf Betreiben des Pfändungspfandgläubigers versteigert, und findet die Forderung des letzteren durch das Meistgebot keine Deckung, so ist es bei dieser Sachlage ein Gebot der Billigkeit, dem Pfandgläubiger das Recht zu geben, dem Zuschlage zu widersprechen[47]. Oder soll gar von vornherein eine Versteigerung der Pfandsache dann unmöglich gemacht werden, wenn der Pfandgläubiger dem Vollstreckungsgläubiger denjenigen Betrag auszahlt, den dieser aus dem Erlös voraussichtlich erhalten würde, oder wenn von vornherein feststeht, daß es durch die Versteigerung zu einer Befriedigung des Pfändungspfandgläubigers überhaupt nicht kommen wird[47]?

P a g e n s t e c h e r will beides bejahen[48]. — Aber in der praktischen Durchführung dieser Ansicht wird man m. E. auf Schwierigkeiten stoßen. Durch den Reigen der Durchbrechungen von Grundsätzen wird zwar theoretisch eine gerechte Interessenabwägung getroffen, praktisch wird aber eine Unsicherheit Platz greifen. Der Pfändungspfandgläubiger weiß nie genau, nachdem er dem säumigen Pfandgläubiger das Betreibungsrecht entrissen hat, ob nicht von außen her kommende, nicht in seiner Person liegende Umstände eintreten, die dem Pfandgläubiger die Möglichkeit verschaffen, das endlich erlangte Betreibungsrecht wieder illusorisch zu machen. Und wie will man feststellen, wieviel der Pfändungspfandgläubiger voraussichtlich aus dem Erlös erhält? Da keine konstante Größe vorliegt, werden die beiden Interessierten die voraussichtliche Summe verschieden beurteilen, so daß das Vollstreckungsgericht

[44] Pagenstecher sagt hierüber nichts. Soll das Recht des Pfandgläubigers von Amts wegen festgestellt werden? Aber zu einem klageähnlichen Verfahren muß es doch trotzdem kommen, wenn die Entscheidung des Gerichts angefochten wird; vgl. § 842/43 E.

[45] Vgl.: Pagenstecher Note 52.

[46] Vgl.: Pagenstecher S. 651.

[47] Vgl.: Pagenstecher Note 55.

[48] Vgl.: Pagenstecher Note 55.

die Entscheidung treffen muß. Also wird sich häufig einer der beiden benachteiligt fühlen; eine solche Situation soll bei einem neuen Gesetz aber möglichst vermieden werden. Diese Regelung wird in Notzeiten, wo der Erlös durchweg sehr gering ist, dem Pfändungspfandgläubiger „mit der einen Hand nehmen, was sie ihm mit der anderen geben wollte[49]". — Der andere Vorschlag führt zu denselben Schwierigkeiten. Wie soll genau festgestellt werden, daß es zu einer Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers nicht kommt? Inwiefern ist es dem besitzenden Sachpfandgläubiger gegenüber überzeugend gerechtfertigt, gezwungen zu werden, den Vollstreckungsgläubiger aus seinem eigenen Vermögen zu befriedigen, wenn auch nur in Höhe des voraussichtlichen Betrages, um den der Erlös die Forderung des Pfandgläubigers übersteigt, will er sich sein Sachpfandrecht erhalten?

Ich betrachte dies als eine wesentliche Verschlechterung des besitzenden Sachpfandgläubigers im Vergleich zu der Rechtsstellung, die er im bürgerlichen Recht gegenüber einem nachstehenden Pfandgläubiger innehat. Nach bürgerlichem Recht ist dieser niemals zum Verkauf berechtigt, wenn der vorstehende damit nicht einverstanden ist[50]. Im bürgerlichen Recht kann der nachfolgende Pfandgläubiger, sofern seine Forderung fällig ist, nur folgendes, wenn sich der voraufgehende im Besitze der Sache befindet: er kann sich dem Verfahren des ersteren anschließen und kann dann sein Pfandrecht nur in Höhe des überschießenden Betrages aus dem Erlös geltend machen, oder aber er befriedigt schon jetzt den voraufgehenden (§ 1249, 1 BGB), erwirbt dadurch nach §§ 1249, 2, 268 III BGB dessen Forderung und Pfandrecht und betreibt dann wegen beider Forderungen den Verkauf[51].

Es liegt nach bürgerlichem Recht also allein an dem nachfolgenden Pfandgläubiger, Opfer zu bringen, will er die Sachen zum Verkauf bringen; vom voraufgehenden Pfandgläubiger werden keinerlei Opfer verlangt, um den Verkauf durch den anderen abzuwenden. Nach Pagenstechers Vorschlag soll dem voraufgehenden Pfandgläubiger das Verkaufsrecht aber aus der Hand genommen werden durch bloßen Zeitablauf, jedenfalls nicht durch ein Opfer des nachfolgenden Pfandgläubigers; dagegen kann der vorgehende Pfandgläubiger dessen Betreibungsrecht wiederum nur abwenden durch Aufwendung persönlicher Mittel[52], oder aber es wird abgewendet durch Umstände, die nicht in dem Willen oder in der Person des voraufgehenden Pfandgläubigers begründet sind, und nicht so einfach zu beurteilen sind wie der bloße Zeitablauf[53].

M. E. bedeutet dies eine Verletzung, eine Überschreitung des von Pagenstecher aufgestellten 2. Grundsatzes[54]. Die Verschlechterung

---

49 Dieses Wortspiel gebraucht Pagenstecher Note 79.

50 § 1232 BGB; vgl.: Pagenstecher Note 61; Planck 4, § 1232, 1, 2c.

51 Notfalls muß er gegen den bisherigen voraufgehenden Pfandgläubiger auf Herausgabe klagen (§ 1227 BGB); vgl.: Planck 4 § 1234 2 a.

52 Das ist der Fall, wo die Versteigerung dadurch unmöglich gemacht werden soll, daß der voraufgehende Pfandgläubiger dem Vollstreckungsgläubiger denjenigen Betrag zahlt, den dieser aus dem Erlös voraussichtlich erhalten würde.

53 Das sind die übrigen Fälle des Vorschlags, siehe oben S. 60.

54 Oben Text S. 57.

55 Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß auch dies schon mit Schwierigkeiten

ist, gemessen an der Rechtsstellung, die der voraufgehende besitzende Sachpfandgläubiger im bürgerlichen Recht hat — und nur hieran kann gemessen werden, welchen Grad die Verschlechterung erreicht im Gebiete des Vollstreckungsrechts — eine wesentliche. Die Regelung, wie sie im BGB getroffen worden ist, hat auch ihre vernünftigen Gründe, so daß kein Anlaß besteht im Vollstreckungsrecht hiervon abzuweichen. Es ist sehr vernünftig, daß jemandem, der v o r einem anderen durch Rechtsgeschäft dinglich gesichert worden ist, das Sachpfand grundsätzlich erhalten bleiben soll, mag auch im Interesse des Kredits des Pfandschuldners eine weitere Verpfändung an andere Personen durch diesen möglich sein. Das liegt auf der Linie des dem Sachenrecht anhaftenden Prioritätsprinzips. Dieses Prinzip durchlöchern, hieße den Wert des besitzenden Sachpfandes erheblich mindern. Keiner darf es in der Hand haben, das S a c h pfand herabzumindern zu einem Pfandrecht am Erlös, welches nur ein Forderungspfandrecht ist, wenn die Forderung des voraufgehenden Pfandgläubigers noch nicht fällig ist. Das wäre das Ergebnis, hätte das BGB dem nachfolgenden Pfandgläubiger ein Verkaufsrecht gegeben, obgleich ein besitzender Sachpfandgläubiger vorhanden ist.

Der besitzende Sachpfandgläubiger darf einem Vollstreckungsgläubiger des gemeinsamen Schuldners gegenüber keine schlechtere Rechtsstellung innehaben als gegenüber einem nachfolgenden bürgerlichen Pfandgläubiger.

Wie die voraufgehenden Erörterungen gezeigt haben, kommt der 4. Grundsatz, der von der Notwendigkeit spricht, im kommenden Recht alles möglichst einfach zu fassen, insbesondere alles so wenig kostspielig wie möglich zu gestalten und zu Zweifelsfragen drängende Situationen zu vermeiden m. E. zu kurz. Das Vorliegen einer klaren und einfachen Gesetzesbestimmung mag noch zu erreichen sein, durch Verwirklichung des 1. Grundsatzes, der dem Vollstreckungsgläubiger in jedem Fall ein Pfändungspfandrecht gewähren soll, so wie die Bestimmung, wonach grundsätzlich nur dem voraufgehenden Pfandgläubiger das Betreibungsrecht zustehen soll[55]. Aber dann erleidet in verschiedenen Fällen die Regel Ausnahmen, und von diesen werden selber wieder weitere Ausnahmen gemacht, so daß sich der Regel eine Fülle von Einzelbestimmungen anschließt, die die einfache, klare Linie durchbrechen. Ich erinnere an folgendes:

1. Auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers soll durch das Vollstreckungsgericht dem Pfandgläubiger das Betreibungsrecht genommen werden, wenn er seine Befriedigung nach Fälligkeit verzögert, und auf den Vollstreckungsgläubiger übergehen.
2. Betreibt dann endlich der Vollstreckungsgläubiger die Versteigerung der Sachen, soll der Pfandgläubiger dem Zuschlage aber dennoch widersprechen können,
   a) wenn das Meistgebot seine Forderung nicht deckt,

---

verbunden ist, da § 808 ZPO umgangen werden muß. Es muß eine neue Pfändungsart für zulässig erklärt werden (vgl. oben Text S. 58). Dies zeigt schon die Weiterungen, die es nach sich zieht, wenn das Besitz-Sachpfandrecht kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr ist.

b) wenn er dem Vollstreckungsgläubiger denjenigen Betrag auszahlt, den dieser im Falle der Erteilung des Zuschlages erhalten würde.

3. Der Antrag des Vollstreckungsgläubigers auf Fristsetzung soll aber von vornherein wieder dann abgelehnt werden, wenn das Vollstreckungsgericht davon überzeugt ist, daß der zu erwartende Erlös nicht ausreichen wird, um den Vollstreckungsgläubiger auch nur teilweise zu befriedigen.

Diese Verschachtelungen, die ein Gesetz überladen und unübersichtlich machen, halte ich nicht für begrüßenswert, mag die Bestimmung im Einzelfall auch der Interessenlage gerecht werden. Häufig muß dabei das Vollstreckungsgericht entscheiden; weitere Kosten werden die Folge sein. Es besteht für beide Teile auch ein nicht zu übersehendes Risiko, da Situationen gegeben sein können, die das Gericht so oder so entscheiden kann.

Ich halte es überhaupt nicht für richtig, den besitzenden Sachpfandgläubiger genau so zu stellen wie den nichtbesitzenden. Ich kann keinen überzeugenden Grund finden, weshalb im Vollstreckungsrecht alle Pfandrechte gleich behandelt werden sollen. Die Verhältnisse liegen doch nun einmal ganz anders, je nachdem man Gläubiger eines Pfandrechts mit Besitz oder eines solchen ohne Besitz ist. Die Sachen des letzteren Pfandrechts sind aller Regel nach Grundlage des Kredits gewesen, da der Schuldner die Sache besitzt. Der spätere Vollstreckungsgläubiger (Kreditgeber) durfte also damit rechnen, daß die Sachen seiner Befriedigung offenstehen und ihn andere hieran nicht hindern können. Beim Besitz vermittelnden Sachpfandrecht sind ihm dagegen die Sachen beim Schuldner gar nicht sichtbar gewesen; sie konnten demnach eine Grundlage des Kredits auch nicht abgeben[56]. Waren sie aber z. Zt. des Rechtsgeschäfts bei dem Schuldner noch vorhanden, und ließ sich der spätere Vollstrekkungsgläubiger die Sachen nicht verpfänden, sondern gab sich mit dem persönlichen Anspruch gegen den Schuldner zufrieden, so muß er es sich auch gefallen lassen, wenn der Schuldner vor der Erfüllung der Verbindlichkeit die Sachen an einen anderen Gläubiger verpfändet. Wenn er Kredit gibt und eine dingliche Sicherung unterläßt, ist es seine eigene Unterlassungssünde, wenn die Sache später seiner Befriedigung nicht mehr in der Weise dient, daß er sich den Gegenstand ohne Rücksicht auf das Interesse des Pfandgläubigers an der Erhaltung des Pfandes nutzbar machen kann.

Ich möchte folgenden Grundsatz für das Gebiet der Einzelvollstrekkung aufstellen: Ist eine natürliche Grundlage des Kredits in bezug auf die betreffende Sache nicht vorhanden gewesen oder muß der spätere Vollstreckungsgläubiger wegen Untätigkeit[57] damit rechnen, daß sie

---

[56] Bei Ansprüchen, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen oder nicht in einem Rechtsgeschäft ihren Ursprung haben, gilt dies erst recht.

[57] Da er sich die Sache nicht gleichzeitig verpfänden läßt; will der Schuldner sich hierauf nicht einlassen, braucht er ja das Rechtsgeschäft nicht abzuschließen und kann so ein Risiko vermeiden.

[58] Heute kann er nur den Anspruch auf Herausgabe der Sache pfänden für den Fall, daß der Schuldner freiwillig zahlt, oder den Anspruch auf Zahlung des Übererlöses, falls die Pfandsache in Ausübung des Pfandrechts verkauft wird (vgl.:

später wegfällt, soll er aus dieser Sache seine Befriedigung nicht eher suchen können, als es dem Pfandgläubiger (und dem Schuldner) genehm ist.

Dies scheint mir auch der Hauptgrund zu sein, weshalb das geltende Recht den Gläubiger eines Besitzpfandes nicht unter § 805 ZPO fallen läßt, sondern ihm ein die Veräußerung hinderndes Recht gibt.

III. Die Sicherung des nachfolgenden Gläubigers.

Ich halte eine Beibehaltung dieses Grundsatzes im künftigen Recht für erforderlich. Es dreht sich m. E. nur darum, den dem geltenden Recht anhaftenden Mangel zu beseitigen, daß dem Vollstreckungsgläubiger keine Möglichkeiten gegeben sind, sich jetzt schon rangmäßig vor anderen Gläubigern des Schuldners sichern zu können derart, daß ihm der Rang sicher gewahrt bleibt durch einen möglichst einfachen Weg[58]. Alles, was dem Vollstreckungsgläubiger darüber hinaus an Rechten verliehen wird, ist nicht gerechtfertigt, hätte nur einen schweren Nachteil zur Folge, nämlich Gefährdung des Mobiliarkredits. Wie leicht kann der Fall eintreten, daß der Pfandgläubiger, der zwar weiß, daß ihm seine Befriedigung stets gesichert ist, dennoch auf das ganze Geschäft verzichtet, weil er die ganze Skala der möglichen Fälle, die eintreten können, und die damit für ihn verbundene Mühe, sowie den daraus sich herleitenden Zeitaufwand fürchtet, wenn ein anderer die ihm zu verpfändende Sache pfänden wird.

Will man den unsicheren Weg der Pfändung der aufschiebend bedingten Ansprüche auf Herausgabe und auf Zahlung des Übererlöses verlassen, ist folgendes denkbar, um den Vollstreckungsgläubiger sicherer zum Ziel gelangen zu lassen:

1. Man könnte eine ähnliche Handhabung treffen, wie sie der Entwurf im § 883 bezüglich der Konkurrenz von Pfändungspfandrechten ganz allgemein aufstellt. Hiernach würde man zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und einem späteren Gläubiger des Schuldners in der Weise das Ausgleichsprinzip an die Stelle des Prioritätsprinzips setzen, daß der spätere Gläubiger dem Vollstreckungsgläubiger unter gewissen Voraussetzungen nicht zuvorkommen kann. Das Ausgleichsprinzip will dem Vollstreckungsgläubiger helfen, indem es die innerhalb einer gewissen Frist[59] entstandenen Pfändungspfandrechte zu einer Gruppe zusammenfaßt, die dann unter sich gleichen Rang genießen.

Dieses Ausgleichsprinzip würde dem heutigen Recht gegenüber, wo § 771 ZPO auf Grund eines Pfandrechts anwendbar ist, für den Vollstrekkungsgläubiger eine Verbesserung bedeuten. Aber diese Verbesserung geht doch nicht weit genug. Einmal muß der Vollstreckungsgläubiger, der sich doch ohne Zweifel zuerst gerührt hat, den Rang mit dem anderen Gläubiger teilen, und demgemäß verringert sich seine tatsächliche Befriedigungsquote; endlich können auch leicht Fälle eintreten, wo der Vollstreckungsgläubiger einen Tag zu spät die vom Pfandrecht befreite

Pagenstecher S. 644). Es ist aber umständlich, zwei Arten von Pfändungen vornehmen zu müssen, um einigermaßen gesichert dazustehen, da es immer ungewiß ist, welche Bedingung eintritt.

[59] § 883 E. bestimmt eine Frist von 10 zu 10 Tagen.

Sache pfändet und deshalb erst in die nächste Befriedigungsgruppe gelangt.

M. E. ist dieses Ausgleichsprinzip für den hier in Rede stehenden Fall nicht empfehlenswert, sogar wenn das Ausgleichsprinzip darauf beschränkt wird, daß nur immer z w e i Pfändungspfandrechte eine Gruppe bilden. Wenn das Ausgleichsprinzip s ä m t l i c h e Gläubiger umfasen soll, die innerhalb der Frist vollstrecken, scheint es mir — ohne weiteres ersichtlich — mehr Nachteile als Vorteile zu bringen. Es würde nämlich dazu führen, daß jeder nur einen Bruchteil seiner Forderung erhielte, sofern eine größere Anzahl Gläubiger eine Gruppe bilden. Wegen des ihnen zustehenden Rechtes müßten sie eine neue Pfändung in ein anderes Pfandobjekt versuchen, und hierbei wäre es möglich, daß bereits andere Gläubiger den Gegenstand gepfändet haben und auch schon für sich eine Gruppe bilden, so daß die übrigen Gläubiger auch auf diesem Wege zu einer Befriedigung nicht gelangen. Das ist ein unerquicklicher Zustand. Wenn man überhaupt das Ausgleichsprinzip für gerechtfertigt hält, dürfen m. E. nur immer zwei Gläubiger eine Gruppe bilden, wobei der zweite innerhalb einer bestimmten Frist nach dem ersten die Pfändung vornehmen muß, um das Prioritätsprinzip auszuschließen. Gewiß würde man damit der Tatsache vorbeugen, die oft in einer Zufälligkeit begründet ist, daß der eine volle Befriedigung erlangt, während der andere, der kurze Zeit später gepfändet hat, nichts oder fast nichts erhält; man würde weiter damit vermeiden, daß die Befriedigung des ersten zu sehr geschmälert wird, da er nur einen zweiten Vollstreckungsgläubiger neben sich anerkennen muß.

Aber auch diese Vorteile sind nicht so groß, daß sie mich überzeugen können von der Notwendigkeit der Einführung des Ausgleichsprinzips überhaupt; vielmehr schränken sie die Nachteile des Ausgleichsprinzips nur ein. Mir scheint dagegen im Prioritätsprinzip ein gesunder Gedanke verwirklicht zu sein, den jedermann versteht: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst". Die Anwendung dieses Sprichwortes, das aus gesundem Volksempfinden geschöpft ist, hat auch im Vollstreckungsrecht ihre Berechtigung. Hierin liegt der tiefere Sinn des Prioritätsprinzips. Es ist nicht einzusehen, weshalb der erste Vollstreckungsgläubiger mit dem nachfolgenden gleichen Rang haben soll. Das Prioritätsprinzip ist klar und einfach, wie es das gesunde Recht sein soll, das Ausgleichsprinzip gibt zu Zweifeln Anlaß. Soll das Ausgleichsprinzip etwa auch gelten, wenn übriges pfändbares Vermögen des Schuldners noch genügend vorhanden ist? Wie denkt man sich die nähere Bedeutung der Ranggleichheit? Soll jedem nur die Hälfte des Erlöses zustehen? Dann ist wieder derjenige bevorzugt, dessen Forderung die Höhe des halben Erlöses nicht erreicht. Oder soll jeder nur die Hälfte seiner Forderung geltend machen dürfen? Dann ist wieder derjenige benachteiligt, dessen Forderung niedrig ist. Im übrigen verliert das Ausgleichsprinzip jeden Sinn, wenn der Erlös zur Befriedigung beider ausreicht.

Ich halte deshalb an dem Prioritätsprinzip für das kommende Recht fest. Bedenklichkeiten, die dieses Prinzip nach sich ziehen kann, werden m. E. ausgeglichen durch die Möglichkeiten des Anfechtungsgesetzes oder

schließlich durch den Antrag auf Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners.

Eine stärkere Sicherung des Vollstreckungsgläubigers, der einem vorgehenden besitzenden Sachpfandgläubiger gegenübersteht, lehne ich somit über den Umweg des Ausgleichsprinzips ab.

2. Der Weg, um zu dem erstrebten Ziel zu gelangen, ist folgender: Es muß dem Vollstreckungsgläubiger möglich sein, trotz des Pfandrechts und des Besitzes des anderen eine Pfändung vorzunehmen, die der vorgehende Pfandgläubiger nicht zur Aufhebung bringen kann. Das bedeutet also zugunsten des Vollstreckungsgläubigers: Erwerb eines Pfändungspfandrechtes schon in diesem Zeitpunkt. Um § 808 ZPO nicht zu verletzen, muß dieses geschehen, wie Pagenstecher es vorgeschlagen hat[60]. Im Gegensatz zu Pagenstecher halte ich es aber nicht für tragbar, daß hier das Betreibungsrecht auf den Vollstreckungsgläubiger übergehen soll[61]. Wenn es zu einem Betreibungsrecht des Vollstreckungsgläubigers nie kommen kann, bleibt m. E. dem besitzenden Sachpfandrecht auch der Charakter eines die Veräußerung hindernden Rechts gewahrt. Es ist dann auch nicht nötig, den bloßen Besitz des Pfandgläubigers als ein die Veräußerung hinderndes Recht auszuschließen[62], weil der Besitz nie angetastet wird durch Pfändungspfandrecht des Vollstreckungsgläubigers. Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers wird durch die Pfändung gar nicht berührt. Durch die Pfändung ist nur erreicht worden, daß dem Vollstreckungsgläubiger der Rang sicher gewahrt bleibt durch einen möglichst einfachen Weg.

So stelle ich mir grundsätzlich die Berücksichtigung der Interessen des Vollstreckungsgläubigers gegenüber einem vorgehenden besitzenden Sachpfandgläubiger im kommenden Recht vor.

IV. Gleichstellung des Rechtspfandrechtes mit dem Besitz-Sachpfandrecht und ihre nähere Ausgestaltung.

Pagenstecher will das Rechtspfandrecht in seinen Grundzügen ebenso behandeln wie das einen Besitz vermittelnde Sachpfandrecht[63]. Es gelangt deshalb auch zu entsprechenden Ergebnissen. So soll dem vorauf gehenden Rechtspfandgläubiger, dem das Betreibungsrecht nur deshalb nicht zusteht, weil der nach § 1277, 1 BGB erforderliche Titel noch nicht beschafft ist, eine Frist für die Beschaffuung des Titels und für die Verwertung des Pfandgegenstandes auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers gesetzt werden, damit das Betreibungsrecht nach fruchtlosem Ablauf auf den letzteren übergeht[64].

Auch ich stehe auf dem Standpunkt, daß im Vollstreckungsrecht das Pfandrecht an einem Recht wie ein Besitz-Sachpfandrecht zu behandeln

---

60 Vgl.: Pagenstecher S. 650; Text oben S. 58.

61 Vgl.: oben Text S. 60; siehe aber S. 75, Note 86.

62 Was Pagenstecher hier tun muß, vgl.: Pagenstecher S. 650 vor Note 45.

63 Vgl.: Pagenstecher S. 652, insbes. Note 61.

64 Vgl.: Pagenstecher S. 652 E. Der Titel ist überflüssig, wenn der Schuldner in die Befriedigung des Pfandgläubigers einwilligt.

ist, und zwar aus den oben Text S. 49/51 dargelegten Gründen. Ich komme deshalb aber auch zu ganz anderen Ergebnissen. Wie beim Besitz-Sachpfandrecht die betreffende Sache nicht die Grundlage des Kredits des Vollstreckungsgläubigers gewesen sein oder nicht als solche anerkannt werden konnte[65], so muß es auch beim Rechtspfandrecht sein. Auch hier waren die verhafteten Rechte des Schuldners dem Vollstreckungsgläubiger nicht sichtbar, und er wußte entweder gar nicht, daß etwas Derartiges zum Vermögen des Schuldners gehört, oder er kannte diese Rechte, mußte dann aber damit rechnen, daß sie verpfändet sind oder verpfändet werden, bevor er seine Ansprüche zwangsweise durchsetzt.

Ein Rechtspfandrecht muß daher wie das Besitz-Sachpfandrecht stets ein die Veräußerung hinderndes Recht sein. Dem Vollstreckungsgläubiger soll es nicht verwehrt werden, schon jetzt ein Pfandrecht am Recht zu erwerben, dieses Pfändungspfandrecht darf ihn aber ebenfalls nie berechtigen, ein Betreibungsrecht zu erlangen. Es fragt sich nur noch, wie er das Pfändungspfandrecht erwerben soll, ohne in die Rechtsstellung des Pfandgläubigers einzugreifen.

Beim S a c h pfandrecht, das dem Gläubiger Besitz vermittelt, wurde dies erreicht durch eine Pfändung nach Art der Anschlußpfändung. Beim R e c h t s pfandrecht liegen die Dinge nicht so einfach, und zwar deshalb nicht, weil die rechtliche Natur des Rechts verschiedener Art sein kann. — Das geltende Recht unterscheidet Vollstreckung

a) in Geldforderungen (§§ 828, 829 ZPO),
b) in Hypothekenforderungen (§ 830 ZPO),
c) in Forderungen aus einem Wechsel oder einem anderen Orderpapier (§ 831 ZPO),
d) in Ansprüche auf Herausgabe von körperlichen Sachen (§ 846 ZPO) und
e) in sonstige Vermögensrechte (§ 857 ZPO).

Die Pfändung dieser Rechte ist nicht einheitlich. In den Fällen a), b), d), e) erfolgt sie durch Pfändungsbeschluß, wobei in den Fällen b) und d) aber noch gewisse Besonderheiten zu beachten sind (Wegnahme des Hypothekenbriefes, Eintragung ins Grundbuch; Herausgabe der Sachen an den Gerichtsvollzieher ist anzuordnen, § 847 ZPO). In dem Fall c) geschieht die Pfändung durch Wegnahme des Papiers.

Bei der Verschiedenartigkeit der Pfändung dieser Rechte scheint es fast ausgeschlossen, dem Vollstreckungsgläubiger durch einen einfachen Weg schon jetzt ein Pfändungspfandrecht geben zu können. Einfach liegen die Verhältnisse ja nur, wenn es sich dabei um Forderungen aus einem Wechsel oder einem anderen Orderpapier handelt, in die vollstreckt werden soll und die bereits vorher an einen anderen verpfändet worden sind. Da hier die Pfändung wie bei körperlichen Sachen geschieht, könnte man deshalb auch die der Anschlußpfändung ähnliche Art anwenden, um wie bei dem Sachpfandrecht dem Vollstreckungsgläubiger schon jetzt den Erwerb eines Pfändungspfandrechts zu ermöglichen. Aber kann dies auch gelten gegenüber einer Geldforderung oder einer Hypothekenforderung? Ich möchte es verneinen. Aus § 831 ZPO ergibt sich zwar, daß die Pfän-

65 Vgl.: oben Text S. 63.

dung[66] eines Rechts nach den Grundsätzen über die Pfändung einer Sache erfolgt, wenn dies zweckmäßig ist. Bei dem Wechsel, der auf Grund der Pfändung verwertet werden soll, ist dies zweckmäßig, weil das Recht verbrieft ist auf einer Sache, nämlich einem Stück Papier, welches leicht fortgenommen werden kann; hier wäre ein Pfändungsbeschluß mit arrestatorium und inhibitorium viel umständlicher. In unserem Fall ist es aber nicht zweckmäßig, insoweit alle Rechte mit dem Wechsel völlig gleichzustellen. Denn durch die Pfändung soll nur eine Rangwahrung erreicht werden, eine Verwertung dagegen ausgeschlossen bleiben; es ist daher auch nicht nötig, daß der Vollstreckungsgläubiger bei der Briefhypothek den Brief erhält, daß bei der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe von Sachen Bestimmungen nach § 847 ZPO getroffen werden, daß der Wechsel oder das Orderpapier fortgenommen wird; es genügt dann ein Vermerk über die Pfändung im Grundbuch, auf dem Hypothekenbrief, auf dem Wechsel oder auf dem Orderpapier, um den Rang auch vor gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbern zu sichern[67]. Aber erforderlich ist doch, daß man den besonderen Verhältnissen Rechnung trägt. Nach wie vor scheint mir ein Pfändungsbeschluß notwendig. Es handelt sich nur um den Inhalt dieses Beschlusses.

Ich würde für alle diese Fälle vorschlagen, die Pfändung solcher verpfändeter Rechte vorzunehmen durch Aufnahme eines Protokolls durch den Gerichtsvollzieher und durch Zustellung eines Protokolls an den Schuldner, Drittschuldner und Pfandgläubiger. Das ist in der praktischen Handhabung nichts anderes als ein bloßer Pfändungsbeschluß. In ihm wird jedem Zustellungsempfänger geboten, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, die anderen Zwecken dient als der primären Befriedigung des Pfandgläubigers und, sofern eine Befriedigung des Pfandgläubigers folgt, das Verbot, einen anderen als den jetzigen Pfändungspfandgläubiger aus dem Pfandgegenstand oder dessen, was an seine Stelle getreten ist, nach dem Pfandgläubiger sich befriedigen zu lassen, sofern dieser nach angemessener Frist sein Pfändungspfandrecht, das bis dahin nur der Rangsicherung diente, verstärkt zu einem Pfandrecht ohne diese Einschränkung. Wird mithin der Pfandgläubiger befriedigt, so muß jetzt der Pfändungspfandgläubiger nochmals pfänden, und zwar so, wie die Pfändung dann im allgemeinen vorgeschrieben ist. Ein Beispiel soll dies erläutern: Befriedigt der Schuldner den Pfandgläubiger, dem er eine Forderung aus einem Wechsel oder einem Orderpapier verpfändet hat, freiwillig, so muß der Pfändungspfandgläubiger nochmals nach § 831 ZPO pfänden und außerdem den Überweisungsbeschluß beantragen; ist die Befriedigung nicht durch freiwillige Zahlung, sondern durch zwangsweise Verwertung erfolgt, so muß jetzt die Geldforderung des Schuldners gegen den Gerichtsvollzieher (Hinterlegungsstelle) oder den Pfandgläubiger, die aus dem überschießenden Betrag des Erlöses besteht, nach § 829 ZPO von dem Pfändungspfandgläubiger gepfändet werden und zur Überweisung gelangen. Das letztere gilt überhaupt immer, wenn der Schuldner nicht

[66] Nicht die Verwertung! Aber zu einer Verwertung durch den Pfändungspfandgläubiger soll es in unserem Fall ja auch nicht kommen.

[67] Dieser Eingriff ist für den Pfandgläubiger sehr unwesentlich.

freiwillig gezahlt hat. Umgekehrt sofern der Schuldner den Pfandgläubiger freiwillig befriedigt, muß der Pfändungspfandgläubiger das betreffende Recht dann immer noch einmal in der Form pfänden, wie sie im einzelnen für das Recht vorgeschrieben ist von der ZPO[68]. Das sind verwandte Gedanken, wie sie heute schon bei der Vorpfändung gelten (§ 845 ZPO), wo auch ein Pfandrecht entsteht, dem die spätere notwendige eigentliche Pfändung die Beschlagnahme hinzufügt[69]. Einen ähnlichen Zweck soll die Rangpfändung erhalten. Ihre Wirkung soll nur eine einstweilige, in der Schwebe befindliche sein. Sie wird erst zu einer endgültigen durch die nachfolgende allgemeine Pfändung. Erst diese eröffnet die Möglichkeit der Verwertung.

V. Die „Rangpfändung."

Ich halte diese Regelung gegenüber der von Pagenstecher vorgeschlagenen für praktischer. Es wird dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber dem heutigen Recht der Vorteil gewährt, daß er schon jetzt ein Pfändungspfandrecht erwirbt, und gleichzeitig ist dadurch dennoch die Rechtsstellung des Pfandgläubigers nicht — oder mindestens bestimmt nicht wesentlich — verschlechtert worden. Um dies zu erreichen, muß allerdings eine neue Pfändungsart eingeführt werden zum Zwecke einer bloßen Rangsicherung des Vollstreckungsgläubigers gegenüber nachfolgenden Gläubigern des Schuldners. Beim Rechtspfandrecht dürfte dies nach den Ausführungen oben Text S. 67/68 nicht zweifelhaft sein. Aber dies ist auch der Fall bei der Pfändung einer Sache, die ein voraufgehender Pfandgläubiger besitzt, hier geschieht es nach Art der Anschlußpfändung ohne Ersichtlichmachung, durch einfache Protokollierung[70]. Nach der Befriedigung des Pfandgläubigers, muß die Sache auch gegen seinen Willen fortgenommen werden können, weil er die Sachpfändung (§ 808 ZPO) zu dulden hat, sofern der Besitz kein „Entziehungsbesitz"[71] mehr ist. Oder aber die Sache ist dem Schuldner nach § 808 ZPO wegzunehmen, sofern der Schuldner die Sache wieder unmittelbar besitzt; dann steht einer Ersichtlichmachung des Pfändungspfandrechts des Vollstreckungsgläubigers nichts mehr im Wege, vielmehr erscheint sie geboten, um nach außen hin den anderen Gläubigern des Schuldners kundzutun, daß diese Sache bereits verstrickt ist.

Gewiß wird durch diese Rangpfändung, wie ich sie nennen möchte, auch etwas Umständliches ins Gesetz hineingetragen, da nach meinem Vorschlag die eigentliche Pfändung immer noch folgen muß, will sich der Vollstreckungsgläubiger aus dem Gegenstand befriedigen; aber der Weg scheint mir einfacher zu sein, als der Pagenstechers, er kann jedenfalls nicht solche Weiterungen nach sich ziehen und ist auch durchaus gangbar.

---

68 Pagenstecher sagt nichts darüber, wie er sich die praktische Durchführung bei den Rechtspfandrechten denkt.

69 So RG 83, 334; Stein-Jonas § 845 II.

70 Vgl.: oben Text S. 58.

71 Der Besitz darf nur dann ein die Veräußerung hinderndes Recht sein, wenn er nicht jederzeit aufhebbar ist. Ich würde in diesem Falle auch die Erinnerung des bloßen Besitzers für ausschließenswert erachten. Vgl. auch: Erläut. Entwurf 1931 zu § 820 S. 482.

VI. Die Regelung des Sachpfandrechtes ohne Besitzvermittlung.

Es soll jetzt nur noch untersucht werden, ob der Regelung Pagenstechers bezüglich des Sachpfandrechts, das keinen Besitz vermittelt, zugestimmt werden kann oder nicht[72].

War es schon beim Sachpfandrecht mit Besitz und beim Rechtspfandrecht zu bejahen, daß der Vollstreckungsgläubiger schon jetzt ein Pfändungspfandrecht (allerdings nur zur Rangsicherung) bekommen soll, so ist dies hier erst recht der Fall. Da hier der Pfandgläubiger die Sache nicht im Besitz hat, ist es darüber hinaus aber auch gerechtfertigt, dem Pfändungspfandgläubiger ein Betreibungsrecht zu geben. Hier ist eine natürliche Grundlage seines Kredits vorhanden gewesen, hier ist sie später auch nicht fortgefallen; es spricht ein Rechtsschein dafür, daß die Sache nicht dinglich belastet ist, und endlich kann es dem besitzlosen Pfandgläubiger auch zugemutet werden, daß die Sache durch den Vollstreckungsgläubiger zum Verkauf gelangt, weil weder in vorhandene Besitzpläne des Pfandgläubigers eingegriffen wird, noch ein schutzwürdiges Interesse des Pfandgläubigers an der Aufrechterhaltung dieses Sachpfandrechtes anerkannt werden kann; es ist gerechtfertigt, gesetzliche Pfandrechte mit schwächeren Rechten auszustatten, als vertragliche — da sie im Grunde genommen nur bezwecken sollen, daß der Gläubiger auf möglichst sicherem Wege befriedigt wird. Gelingt dem Pfandgläubiger die Umwandlung eines gesetzlichen in ein vertragliches Pfandrecht nicht, so sollen ihn daraus die Nachteile treffen, und nicht die übrigen Gläubiger des Schuldners; desgleichen, wenn ihm die Pfandsache abhanden gekommen ist; wenn er ein Abhandenkommen nicht verhindern kann, soll er die Folgen tragen und kein anderer.

Das Betreibungsrecht darf in diesen Fällen dem Vollstreckungsgläubiger aber erst zustehen, wenn die Forderung des Pfandgläubigers fällig ist. Das Betreibungsrecht hat er also bei künftigen Forderungen des Pfandgläubigers frühestens, wenn diese Forderung entstanden ist, bei bedingten Forderungen erst nach dem Eintritt der Bedingung. Hierin ist Pagenstecher[73] durchaus beizupflichten. Dem Pfandgläubiger wird sein Sachpfandrecht nicht eher entzogen als nötig und ihm und dem Schuldner genehm ist[74]. Die Gefahren des geltenden Rechts für den Schuldner und für den Pfandgläubiger[75] sind umgangen; dem Schuldner werden keine Vermögensstücke entzogen für Forderungen, die vielleicht gar nicht entstehen[76].

Mit dem Eintritt der Fälligkeit muß dann aber dem Vollstrekkungsgläubiger in erster Linie das Betreibungsrecht zustehen und nicht dem Pfandgläubiger. Pagenstecher will, wenn ich ihn recht verstanden habe, gerade das Gegenteil. Auch nach der

---

[72] Zu den Fragen um das Sicherungseigentum und den Eigentumsvorbehalt, sowie um die nachträgliche Bereicherungsklage hat Pagenstecher keine Stellung genommen.

[73] Vgl.: Pagenstecher S. 652.

[74] Vgl.: oben Text S. 46 Ziff. 4.

[75] Vgl.: oben Text S. 46 Ziff. 4; 27 ff.

[76] Vgl.: oben Text S. 46 Ziff. 4; 29.

Pfandreife soll das Betreibungsrecht weiterhin primär dem Pfandgläubiger zustehen, nur soll es der Vollstreckungsgläubiger von diesem Zeitpunkt ab in der Hand haben, das Betreibungsrecht an sich zu reißen durch Fristsetzung an den Pfandgläubiger mit Hilfe des Gerichts oder des Vollstreckungsorganes[77].

Das ist m. E. aber eine unnötige Erschwerung des Vollstreckungsgläubigers, um sein Pfandrecht realisieren zu können. Sie ist beim Sachpfandrecht, das keinen Besitz vermittelt, jedenfalls nicht gerechtfertigt. Pagenstecher gelangt m. E. zu seiner Ansicht, weil er sämtliche Pfandrechte im Vollstreckungsrecht gleich behandeln will. Da es ihm unbillig erschien, dem besitzenden Sachpfandgläubiger nach der Pfandreife das Betreibungsrecht ohne weiteres zu nehmen und es dem Vollstrekkungsgläubiger zu geben, meinte er wegen seines Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Pfandrechte, den besitzlosen Sachpfandgläubiger von seinem Vorschlag betreffend der fruchtlos verstrichenen Fristsetzung zur Erlangung des Betreibungsrechtes, nicht ausnehmen zu können, um seine Vorschläge nicht unübersichtlich zu machen. Wer aber, wie ich, die Gleichbehandlung sämtlicher Pfandrechte ablehnt, wird auch nichts Bedenkliches darin sehen, dem Vollstreckungsgläubiger sofort nach der Pfandreife das Betreibungsrecht zu geben. Insoweit halte ich also das geltende Recht nicht für verbesserungsbedürftig. Verbesserungsbedürftig ist es aber insoweit, als ein Weg gefunden werden muß, durch den verhindert wird, daß ein Pfandgläubiger, dem es zu lange währt, bis es durch den Pfändungspfandgläubiger zum Erlöse kommt, den oben S. 45 Ziff. 3 bezeichneten Weg beschreiten muß, um wieder seinerseits die Pfandsache für sich auswerten zu können.

Pagenstecher hat dieses Problem bereits durch seinen Vorschlag gelöst; denn wenn dem Pfandgläubiger das Betreibungsrecht auch weiterhin zusteht, kann ihn der Vollstreckungsgläubiger hierin vorerst nicht behindern. Aber auch bei dem Standpunkt, den ich vertrete, kann dasselbe erreicht werden durch eine Bestimmung, die besagt, daß das Betreibungsrecht von dem Vollstreckungsgläubiger an den Pfandgläubiger fällt, wenn der erstere nicht innerhalb einer angemessenen Frist, die ihm auf Antrag des Pfandgläubigers vom Vollstreckungsorgan gesetzt werden muß, die Pfandsache zum Verkauf bringt. Hierdurch wird auf einfachstem Wege dasselbe erreicht, wie heute durch Zahlungsklage, Anschlußpfändung und Klage nach § 805 ZPO. Klage nach § 805 ZPO ist deshalb überflüssig, weil der Vollstreckungsgläubiger, der die ihm gesetzte Frist nutzlos verstreichen läßt, damit zu erkennen gegeben hat, daß er gegen das Recht des Pfandgläubigers, welches ihm bei der Fristsetzung mitgeteilt worden ist, keine Einwendungen erhebt. Da dieser Weg einfach und klar ist, kann man eine Duldungsklage, wie sie oben Text S. 19 ff. angedeutet worden ist, entbehren für das kommende Recht.

VII. Ablehnung der Pagenstecherschen Vorschläge.

Pagenstechers Vorschläge enthalten also gewiß manches, das Bejahung verdient, aber m. E., wie ich hoffe dargelegt zu haben, eben-

77 Vgl.: Pagenstecher S. 652 vor Note 60, 61.

soviel, was verneint werden muß. Ich halte deshalb die Vorschläge im Ergebnis nicht für geeignet, aus ihnen das Vorbild für eine Neufassung des § 805 ZPO zu entnehmen. Ich will deshalb im letzten Paragraphen dieser Arbeit zusammenfassend meine Vorschläge bringen, die ein Versuch sein sollen, dem Ideal möglichst nahezukommen. —

§ 3.

Eigene Vorschläge in ihrer Zusammenfassung.

I. Die Zusammenfassung aus § 2, II. Abschnitt.

Aus meiner Kritik über § 886 des Entwurfes und über die Vorschläge Pagenstechers geht bereits hervor, wie ich mir das künftige Recht denke. Bezüglich der Frage, wie Einzelheiten geregelt werden sollen, habe ich mich an jener Stelle zum größten Teil schon entschieden und meine Entscheidungen auch zu begründen versucht; nur zum geringsten Teil, habe ich dort meine Entscheidung noch offen gelassen.

Zunächst sollen die von mir bereits entschiedenen Fragen jetzt zusammenfassend folgen:

1. Der besitzende Sachpfandgläubiger darf nicht genau so gestellt werden wie der besitzlose Sachpfandgläubiger (S. 63), seinem Pfandrecht muß die Eigenschaft eines die Veräußerung hindernden Rechts bewahrt bleiben (S. 64).
2. Das Pfandrecht an einem Recht ist insoweit ebenso zu behandeln, wie das mit Besitz verbundene Sachpfandrecht (S. 66 ff.); eine Gleichbehandlung der Rechtspfandrechte mit dem Sachpfandrecht ohne Besitz ist nicht gerechtfertigt (S. 51.)
3. Der Vollstreckungsgläubiger muß in diesen beiden Fällen aber schon jetzt die Möglichkeit haben, ein Pfandrecht an den Gegenständen, die mit einem rechtsgeschäftlichen Pfandrecht eines anderen belastet sind, zu erhalten (S. 66). Dieses Pfändungspfandrecht darf aber nur der Rangsicherung dienen, dem Vollstreckungsgläubiger insoweit nie ein Betreibungsrecht gewähren (S. 66).

   Diese Rangpfändung hat gegenüber dem mit Besitz verbundenden Sachpfandrecht, um § 808 ZPO nicht zu verletzen, ohne Ersichtlichmachung durch bloße Protokollaufnahme nach Art der Anschlußpfändung zu geschehen, wie Pagenstecher es vorschlägt (S. 66).

   Bei Rechtspfandrechten geschieht diese Rangpfändung des Vollstreckungsgläubigers durch einen bloßen Pfändungsbeschluß[78], der an den Schuldner, Drittschuldner und Pfandgläubiger zuzustellen ist (S. 68, 69); hierin wird diesen geboten, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, die anderen Zwecken dient als der primären Befriedigung des Pfandgläubigers und, sofern eine Befriedigung des Pfandgläubigers folgt, das Verbot, einen anderen als den jetzigen

[78] Hinzu kommt bei der Briefhypothek z. B. Vermerk der Rangpfändung auf dem Briefe; vgl. oben S. 68.

Pfändungspfandgläubiger nach dem Pfandgläubiger sich befriedigen zu lassen, sofern dieser binnen angemessener Frist sein Rangpfandrecht verstärkt zu einem vollwirksamen Pfändungspfandrecht, indem er jetzt nochmals den Pfandgegenstand oder dasjenige, was an dessen Stelle getreten ist, nach den allgemeinen Regeln der ZPO pfändet (S. 69). Beim Besitz-Sachpfandrecht muß der Vollstreckungsgläubiger u. U. nach der Befriedigung des Pfandgläubigers noch eine Pfändung nach § 808 ZPO vornehmen (S. 69).

4. Das Sachpfandrecht ohne Besitz ist n i e ein die Veräußerung hinderndes Recht (S. 70). Aber erst nach der Pfandreife der Forderung des Pfandgläubigres kann der Vollstreckungsgläubiger sein Betreibungsrecht ohne weiteres geltend machen (S. 70), bis dahin muß er warten (S. 70).

   Das Betreibungsrecht fällt aber an den Pfandgläubiger, wenn der Vollstreckungsgläubiger die Pfandsache nicht innerhalb einer bestimmten Frist zum Verkauf bringt (S. 71).

5. Der Vorbehaltseigentümer hat u. U. kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr, sondern ist auf das Vorzugsrecht bei der Erlösverteilung beschränkt, jedoch im Gegensatz zur Regel des kommenden Rechts ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht. (S. 54 ff.).

6. Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung ist aus den S. 56 ff. angeführten Gründen nicht mehr durch Klage geltend zu machen, sondern wird durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts von Amts wegen festgestellt, wenn das Recht feststeht.

II. Sicherungseigentum kein die Veräußerung hinderndes Recht mehr.

Es ist nun noch zu entscheiden, ob das Sicherungseigentum de lege ferenda unter § 805 ZPO fallen soll, ob man also dem Grundgedanken des Entwurfes von 1931 folgen soll oder nicht. Dessen Regelung habe ich besonders deshalb abgelehnt[79], weil durch die Fälligkeitsklausel des § 886 E die Forderung des Sicherungsnehmers sofort fällig wird und daher langfristige Kreditgeschäfte illusorisch macht, zu deren Sicherung ja gerade die Sicherungsübereignung das geeignete Mittel ist. Da nach meinem Vorschlag die vorzeitige Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers (Sicherungsnehmers) durch eine Handlung des Vollstreckungsgläubigers aber nicht mehr herbeigeführt werden kann, so fällt damit auch das stärkste Bedenken gegen die Einordnung des Sicherungseigentums unter § 805 ZPO. Das andere Bedenken, das Sicherungseigentum sei nicht dasselbe wie ein Pfandrecht ohne Besitz, sondern sei nur der Umweg, um zu einem Besitzpfandrecht durch constitutum possessorium zu gelangen[80], kann dadurch zerstreut werden, daß man im Gesetz den mittelbaren Besitz des Sicherungsnehmers nicht für ausreichend erklärt, um als ein die Veräußerung hinderndes Recht zu gelten; der Gesetzgeber

79 Vgl.: oben Text S. 54.
80 Vgl.: oben Text S. 53.

hat die Macht, einzelne Besitzpfandrechte genau so zu behandeln wie die Pfandrechte ohne Besitz. — Sieht man das Sicherungseigentum aber weder als Pfandrecht ohne Besitz, noch als Besitzpfandrecht an, sondern erblickt man in der Sicherungsübereignung eine vollgültige Eigentumsübertragung, die auch dann möglich sein soll, wenn es ein rechtsgeschäftliches, von Anfang an besitzloses Pfandrecht und ein Besitzpfandrecht mittels constitutum possessorium geben würde[81], von irgendeiner Umgehung gesetzlicher Verbote also gar nicht gesprochen werden könnte, so entspricht es doch der Billigkeit, diesem von Anfang an schuldrechtlich gebundenen Eigentum den Vorteil zu versagen, als ein die Veräußerung hinderndes Recht zu gelten. Der Sicherungsgeber hat weiterhin allen Gebrauch der Sachen, sie gehört ihm jedenfalls wirtschaftlich m e h r als dem Sicherungsnehmer. Es liegt also ähnlich wie beim Vorbehaltseigentum, bei dem die Abschlagszahlungen schon sehr weit vorgeschritten sind. Und auch bezüglich der Kreditgrundlage liegen die Verhältnisse ähnlich denen des Sachpfandes ohne Besitz. Jedenfalls haben sie keine verwandten Züge mit der Rechtsgrundlage, die beim Sachpfand herrscht. Der Vollstreckungsgläubiger kann den Sachen nicht ansehen, daß sie nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehören.

Aus allen diesen Gründen halte ich es für gerechtfertigt, im Gebiete der Einzelvollstreckung das Sicherungseigentum so zu behandeln, als wenn es noch Eigentum des Schuldners wäre, an dem dem Sicherungsnehmer nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zusteht.

III. M ä n g e l d e r V o r s c h l ä g e u n d d e r W e g, s i e z u b e h e b e n.

Ich bin mir darüber klar, daß die Vorschläge, zu denen ich mich bekannt habe, nicht nur Vorteile besitzen, sondern auch Unerfreulichkeiten nach sich ziehen können. So kann z. B. durch den Vorschlag, wonach beim einen Besitz nicht vermittelnden Sachpfandrecht der Vollstreckungsgläubiger sein Befriedigungsrecht nicht vor der Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers geltend machen kann, die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers dadurch hinausgeschoben werden, daß der Pfandgläubiger und der Schuldner nachträglich eine Stundung der demnächst fälligen Forderung vornehmen[82]. Das widerspricht nach billigem Ermessen und gesundem Volksempfinden den Interessen des Vollstreckungsgläubigers und es muß deshalb ein Weg gefunden werden, der dieses verhindert.

P a g e n s t e c h e r[83] will deshalb für derartige Fälle die Vorschriften der §§ 1245 I 2, 1246 BGB entsprechend anwenden. Gewiß wird dadurch erreicht, daß die Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers nicht durch Parteivereinbarungen des Schuldners mit dem Pfandgläubiger verschlechtert werden kann. Aber m. E. sind die Voraussetzungen des § 1246 BGB zwar für das Stundungsbeispiel strenge genug, um einen gerechten Ausgleich zu schaffen, nicht aber für alle Fälle, die denkbar sind. Die ab-

[81] Vgl.: oben Text S. 40.
[82] Dieses Beispiel erwähnt auch Pagenstecher S. 655.
[83] S. 655.

weichende Art des Pfandverkaufs darf im Vollstreckungsrecht nicht nur vom billigen Ermessen abhängen, sondern von viel schärferen Voraussetzungen[84], insbesondere darf sie nur eintreten auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers. Ein Abweichen von der Regel soll nur selten möglich sein, m. E. nur dann, wenn nach Prüfung aller Umstände des Falles, insbesondere auch eines berechtigten Schutzbedürfnisses des Pfandgläubigers, dessen Beharren auf die Regel sich als eine gesundem Volksempfinden gröblichst widersprechende Härte darstellt. Ein Antragsrecht des Pfandgläubigers halte ich nicht für gerechtfertigt, da er nach meinen Vorschlägen hinreichend geschützt ist und eines weiteren Schutzes nicht mehr bedarf. Und dem Schuldner sollte es grundsätzlich einerlei sein, wer die Vollstreckung betreibt; er genießt auch schon hinreichenden Schutz durch das neue Vollstreckungsschutzrecht[85].

Aus diesen Gründen lehne ich die entsprechende Anwendung des § 1246 BGB ab und beschränke die Abweichungen von der Regel auf die Fälle, wo es das gesunde Volksempfinden gebieterisch verlangt. Bei folgendem Fall würde ich z. B. die Abweichung für gerechtfertigt halten:

Das Betreibungsrecht droht durch Ablauf der Fristsetzung von dem Vollstreckungsgläubiger auf den besitzlosen Sachpfandgläubiger überzugehen. Der Vollstreckungsgläubiger hat nur deshalb nicht versteigert, weil der Erlös aus einer Versteigerung zwar dem Pfandgläubiger, nicht aber dem Vollstreckungsgläubiger Befriedigung gebracht hätte. Dagegen würde durch einen freihändigen Verkauf ein viel höherer Erlös erzielt werden.

Hier muß der Pfandgläubiger es sich gefallen lassen, daß seine Befriedigung hinausgezögert wird, sofern nicht wichtige Interessen von ihm dadurch betroffen werden, damit der geeignetste Käufer gefunden werden kann[86].

Weiter muß auch in Einzelfällen eine Betreibung durch den Vollstreckungsgläubiger möglich sein ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung des Pfandgläubigers fällig ist oder nicht. So z. B. wenn schutzwürdige Interessen des Pfandgläubigers und des Schuldners an der Aufrechterhaltung des Sachpfandes ohne Besitz nicht bestehen, der Vollstreckungsgläubiger dagegen im Augenblick dringend Geld benötigt.

Beim Besitzsachpfandrecht und Rechtspfandrecht könnte man durch diese Ausnahmebestimmung dem Vollstreckungsgläubiger das Betreibungsrecht geben, wenn die Pfandreife zugunsten des Pfandgläubigers eingetreten ist, dieser aber nicht betreibt und das Interesse des Vollstreckungsgläubigers an der alsbaldigen Realisierung seiner Forderung nach gesundem Volksempfinden ein derart starkes und dringendes ist, daß es die Interessen des Pfandgläubigers und des Schuldners an der Aufrechterhaltung des Pfandrechts bei weitem überwiegt. Vor der Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers darf m. E. dem Vollstreckungsgläubiger bei einem Besitzsachpfandrecht und Rechtspfandrecht das Be-

---

[84] Etwa nach Art des Vollstreckungsmißbrauchs-Gesetzes v. 13. 12. 1934.

[85] Vollstreckungsschutz VO v. 26. 5. 1933. Ges. zur Verhütung mißbr. Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. 12. 1934.

[86] Vgl. auch: Pagenstecher Note 74.

treibungsrecht aber nie verliehen werden[87]; der besitzende Sachpfandgläubiger oder Rechtspfandgläubiger muß sich unbedingt sicher darauf verlassen können, daß ihm bis dahin in jedem Falle sein Pfandrecht ohne seinen Willen nicht genommen werden kann. —

Auf jeden Fall muß bei der Auslegung und Anwendung darauf geachtet werden, daß die Ausnahmebestimmung sehr selten heranzuziehen ist und nicht schon dann, wenn eine bloße Billigkeit dafür spricht. Nur so wird die notwendige Sicherheit erreicht, die das Mobiliarkreditwesen braucht; der Pfandgläubiger muß das Gefühl haben, nur dann seines Pfandrechtes beraubt werden zu können, wenn dies der einzige Weg ist, um dadurch eine dem gesunden Volksempfinden gröblichst widersprechende Härte abzuwenden. —

[87] Es sei denn, daß die Fälligkeit nach der Pfändung hinausgeschoben worden ist.

SCHRIFTTUM.

Baumbach, Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. München und Berlin 1938.

Boethke, Ist der Widerspruch des Vermieters gegen die Entfernung der seinem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen des Mieters vom Grundstück nicht zulässig, wenn die Entfernung der Vollstreckung wegen für einen anderen Gläubiger des Mieters erfolgt. Gruch. 50, 262.

Brückner, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters im Streit mit den (nachstehenden) Ansprüchen des Pfändungspfandgläubigers, insbesondere Art und Zeit seiner Geltendmachung. Recht 1905, 180 ff.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen nach bürgerlichem, Handels- und Prozeßrecht. Berlin 1909.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Berlin und Leipzig 1931.

Falkmann-Mugdan, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstrekkung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. Berlin 1914.

Förster-Kann, Kommentar zur ZPO. 3. Aufl. Berlin 1926.

Hahn-Stegmann, Die gesamten Materialien zur ZPO. II. Abth. 2. Aufl. Berlin 1881.

Hein, Otto, Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Hannover 1914.

Hein, Wolfg., Duldung der Zwangsvollstreckung. Breslau 1911.

Hellwig-Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil. Leipzig 1919.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 6./7. Aufl. Berlin und Leipzig 1931.

Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß. Arch. Ziv. Pr. 80, 141 ff.

Metzges, Das Vermieterpfandrecht gegenüber der Zwangsvollstreckung. Gruch. 49, 507.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 3. Berlin u. Leipzig 1888.

Nessel, Der Interventionsprozeß in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Geltungsbereich des preuß. Allgemeinen Landrechts. Gruch. 28, 83 f.

Pagenstecher, Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht? Gruch. 50, 274 ff.

— „Das Interventionsrecht des Pfandgläubigers als gesetzgebendes Problem". Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1936, S. 641 ff.

Planck, Kommentar zum BGB. 3. Bd. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.

RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1935.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur ZPO. 12. Aufl. München 1933.

Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, Verpächters und des Gastwirts. Fischers Abhandlungen 5. Bd., Jena 1900.

Sinsheimer, Bereicherungsklage des Vermieters nach Abführung des Versteigerungserlöses gegen den Pfändungsgläubiger? Leipziger Zeitschrift 1915, S. 887.

Staudinger, Kommentar zum BGB und dem EG. 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1926, 10. Aufl. 1937.

Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. 15. Aufl. Tübingen 1934, dto., 16. Aufl. 1938.

Sydow-Busch, Kommentar zur ZPO. 21. Aufl. Berlin und Leipzig 1935.

Warneyer, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. Tübingen 1930.

Weismann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes. II. Bd. Stuttgart 1905.

Wolff, Martin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Bd., Sachenrecht, 8. Bearbeitung, Marburg 1929.

LEBENSLAUF.

Ich wurde am 16. April 1909 in Hamburg als Sohn des Anzeigenleiters Arthur Höfer geboren. Ostern 1916 kam ich zur Schule; Michaelis 1918 wurde ich in die Oberrealschule zu Eppendorf in Hamburg aufgenommen. Michaelis 1928 bestand ich die Reifeprüfung dieser Schule.

Während des Wintersemesters 1928/29 und während des Sommersemesters 1929 studierte ich in Leipzig, in der darauffolgenden Zeit bis zum Sommersemester 1933 in Hamburg. Am 18. November 1933 bestand ich die erste Staatsprüfung. Ich war seitdem bis zum April 1938 als Gerichtsreferendar in Hamburg tätig. Der Vorbereitungsdienst wurde allerdings unterbrochen durch eine freiwillige Dienstzeit bei der früheren Reichswehr in der Zeit vom 1. 10. 34 bis 1. 11. 35. Im Sommersemester 1936 nahm ich an dem von Herrn Prof. Dr. Pagenstecher geleiteten Seminar für Zivilprozeß- und Konkursrecht teil. Am 3. Mai 1938 bestand ich die große Staatsprüfung, am 17. Februar 1939 die mündliche Doktorprüfung.

Rudolf Höfer.